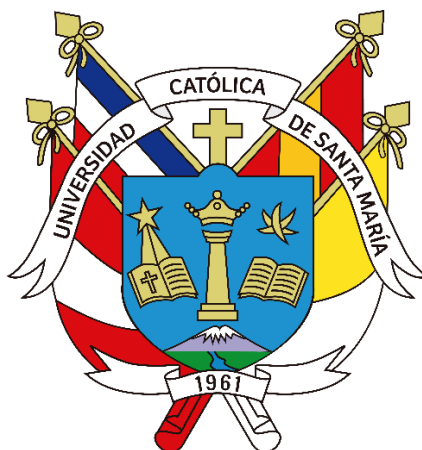


Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Constitucional



**La economía social de mercado y el mercantilismo en relación con el modelo
económico constitucional en el Perú**

Tesis presentada por la bachiller:

Román Bazán, Felicitas Flor de María

ORCID: 0009-0000-3654-3718

Para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Constitucional

Asesor:

Dr. Peralta Franzis Saulo Yenski

ORCID: 0000-0003-0525-3261

Arequipa – Perú

2024

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 24 de Julio del 2024

Dictamen: 006561-C-EPG-2024

Visto el borrador del expediente 006561, presentado por:

2005004492 - ROMAN BAZAN FELICITAS FLOR DE MARIA

Titulado:

**LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL MERCANTILISMO EN RELACIÓN CON EL MODELO
ECONÓMICO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

**46193554 - PARADA GONZALES JOSE LUIS
DICTAMINADOR**



**42953802 - MEDINA RIVAS PLATA ANTHONY ROLANDO
DICTAMINADOR**



**29370105 - CORNEJO COA ABEL CLETO
DICTAMINADOR**



La economía social de mercado y el mercantilismo en relación con el modelo económico constitucional en el Perú

INFORME DE ORIGINALIDAD

9%

INDICE DE SIMILITUD

9%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

0%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	blogportafolioconocimiento.files.wordpress.com	Fuente de Internet	1%
2	docs.com	Fuente de Internet	1%
3	www.foruq.com	Fuente de Internet	1%
4	fr.scribd.com	Fuente de Internet	1%
5	ezproxybib.pucp.edu.pe	Fuente de Internet	1%
6	tesis.ucsm.edu.pe	Fuente de Internet	1%
7	qdoc.tips	Fuente de Internet	1%
8	es.scribd.com	Fuente de Internet	1%
9	parerga-und-paralipomena.blogspot.com	Fuente de Internet	1%

ÍNDICE

Resumen	
Abstract	
Metodología	
Methodology	
INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE	4
1. Derecho y economía	5
1.1. La Relación	5
1.2. La Economía no es una isla.....	8
1.3. Complejidad de la Economía	9
1.4. La disciplina del análisis económico del derecho	10
SEGUNDA PARTE	16
2. Comparación de Regímenes Económicos: Economía de Mercado, Economía Social de Mercado.....	17
2.1. Economía de Mercado	17
2.2. Economía Social de Mercado.....	30
2.3. Mercantilismo.....	72
2.4. Economía de Mercado y Mercantilismo	73
2.5. Populismo.....	76
TERCERA PARTE.....	88
3. Análisis de la Ley Nro. 29903 “Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones”	89
3.1. El Sistema Privado de Pensiones en Perú: Ley Nro. 29903	89
3.2. Acción de Inconstitucionalidad en contra de la Ley N.º 29903.....	92
3.3. Sentencia que resuelve la demanda de Acción de Inconstitucionalidad	92
3.4. Comentarios sobre la Sentencia	92

CONCLUSIONES.....	96
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99
ANEXOS	102

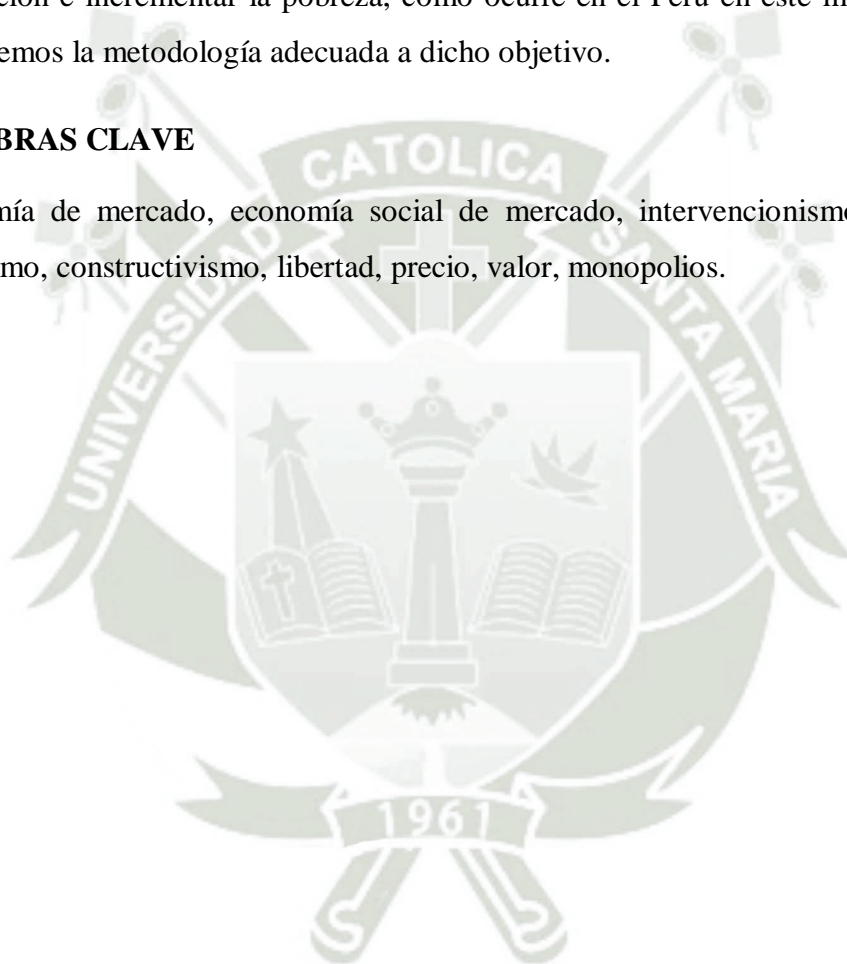


RESUMEN

El objetivo central de este trabajo es mostrar que el término Economía Social de Mercado es altamente ambiguo o indeterminado, lo que genera que los gobiernos de turno en la mayoría de países latinoamericanos, como el nuestro, aprovechen esa ambigüedad o indeterminación para poner en práctica los consabidos intervencionismos o estatismos político económicos, que no hacen más que generar populismo, distorsionar la economía, desincentivar la producción e incrementar la pobreza, como ocurre en el Perú en este momento. Para ello proponemos la metodología adecuada a dicho objetivo.

PALABRAS CLAVE

Economía de mercado, economía social de mercado, intervencionismo, mercantilismo, populismo, constructivismo, libertad, precio, valor, monopolios.

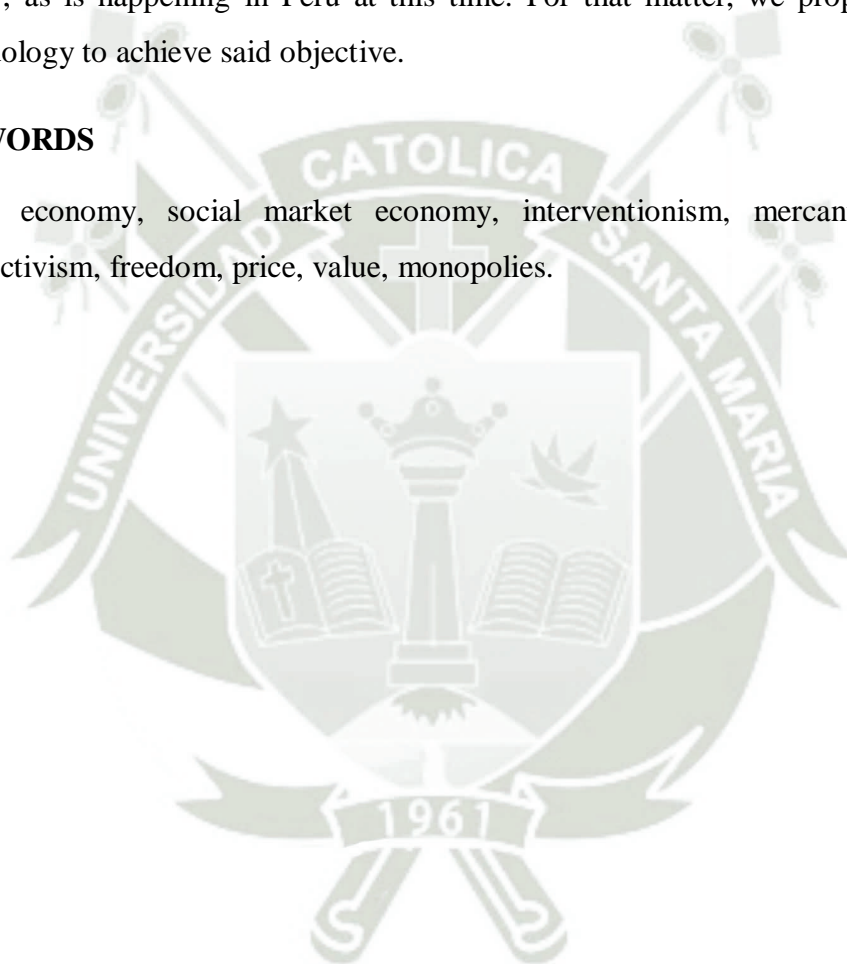


ABSTRACT

The central objective of this work is to show that the term Social Market Economy is highly ambiguous or indeterminate, which causes the governments in power in the majority of Latin American countries, like ours, to take advantage of this ambiguity or indetermination to put into practice the well-known political and economic interventionism or statism, which does nothing but generate populism, distort the economy, discourage production, and increase poverty, as is happening in Peru at this time. For that matter, we propose the adequate methodology to achieve said objective.

KEYWORDS

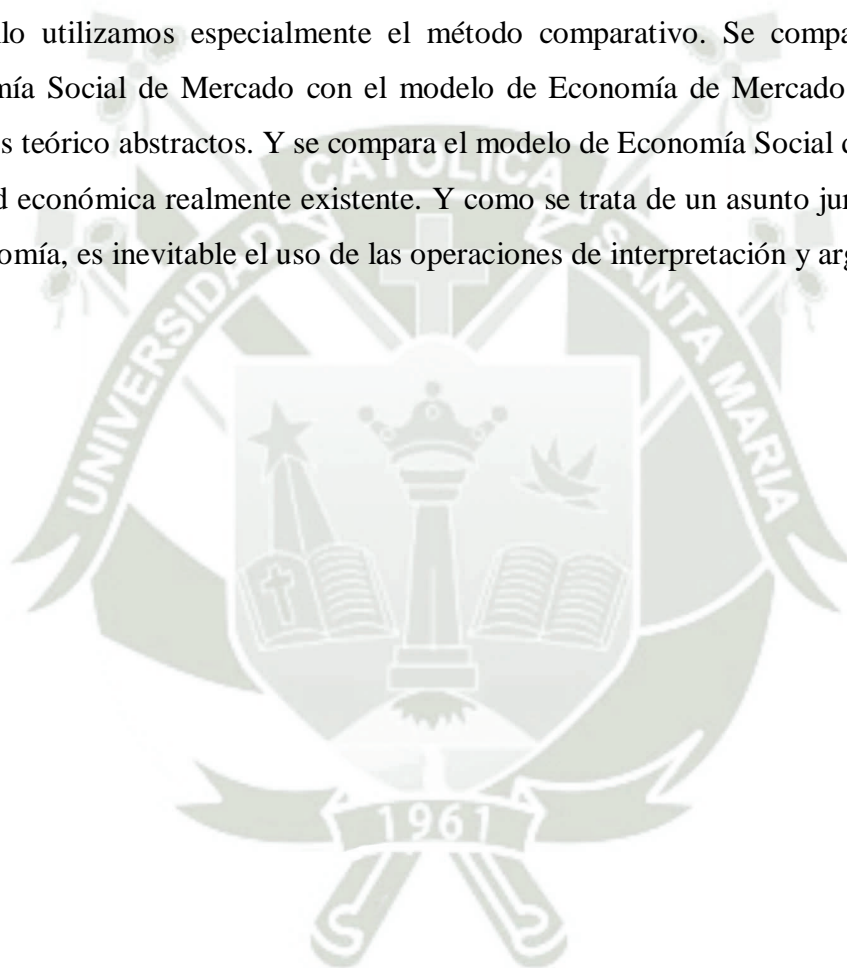
Market economy, social market economy, interventionism, mercantilism, populism, constructivism, freedom, price, value, monopolies.



METODOLOGÍA

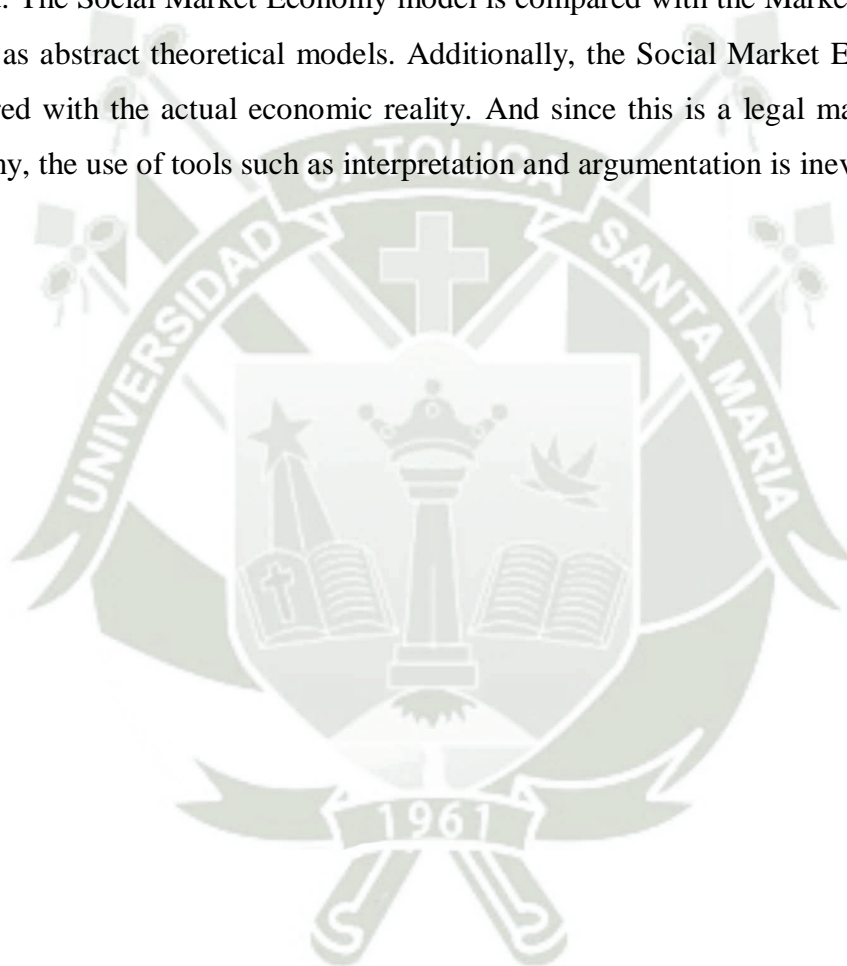
El punto de vista del que parte este trabajo de investigación es una crítica al modelo económico constitucionalmente adoptado en el Perú, desde dos aspectos 1) la crítica al modelo teórico abstracto denominado Economía Social de Mercado, en sí mismo y 2) la crítica a la grave incongruencia o divorcio entre ese modelo teórico abstracto y la realidad económica concreta verdaderamente existente en el país.

Para ello utilizamos especialmente el método comparativo. Se compara el modelo de Economía Social de Mercado con el modelo de Economía de Mercado a secas, en tanto modelos teórico abstractos. Y se compara el modelo de Economía Social de Mercado con la realidad económica realmente existente. Y como se trata de un asunto jurídico vinculado a la economía, es inevitable el uso de las operaciones de interpretación y argumentación.



METHODOLOGY

The point of view from which this research work is based is a criticism of the economic model constitutionally adopted in Peru, judged from two aspects: 1) a criticism of the abstract theoretical model called Social Market Economy in itself, and 2) a criticism of the serious inconsistency or divorce between this abstract theoretical model and the concrete economic reality truly existing in the country. For this we especially use the comparative method. The Social Market Economy model is compared with the Market Economy model simply as abstract theoretical models. Additionally, the Social Market Economy model is compared with the actual economic reality. And since this is a legal matter linked to the economy, the use of tools such as interpretation and argumentation is inevitable



INTRODUCCIÓN

EL ESTADO Y LA ECONOMÍA

La Patria es libre en cuanto no depende del extranjero; pero el individuo carece de libertad, en cuanto depende del Estado de un modo omnímodo y absoluto. La Patria es libre, en cuanto absorbe y monopoliza las libertades de todos sus individuos; pero los individuos no lo son porque el gobierno les tiene todas sus libertades. (Bautista, 1986, p.3).

Es evidente que, tratándose de la reflexión sobre los modelos o sistemas económicos existentes conocidos, no podemos dejar de lado el papel del Estado en la economía de mercado y en la economía social de mercado, sea cual fuera éste, pero también su sentido específico en la actualidad. Esto teniendo en cuenta que el término “Estado” ha variado de sentido a lo largo de la historia desde los primeros “Estados”, como el egipcio, o el Estado-ciudad en Roma y Grecia, etc. Pero todos ellos, incluido el estado actual, tienen un origen común, una “naturaleza” común, no a partir de un “contrato social” precisamente, como quería Rousseau, sino como una maquinaria con el monopolio de la violencia, que corresponde a su más profundo carácter. En cualquiera de sus formas históricas: “el estado más antiguo nació como una horrible maquinaria trituradora y desconsiderada y continuó trabajando de ese modo hasta que aquella materia bruta hecha de pueblo y semi animal no sólo acabó por quedar bien amasada sino también por tener una forma” (Nietzsche, 2001)

De lo que se trata, entonces, en el momento actual, que es el que nos interesa, es de vincular el Estado, en su configuración contemporánea, con la economía, para lo cual debemos tener en cuenta la diferenciación y los rasgos específicos del Estado en el sentido moderno de la palabra, es decir, el Estado a partir del siglo XVI, XVII, XVIII hasta la actualidad, ligado indisolublemente al concepto de soberanía.

Es precisamente ese concepto de soberanía el mejor rasgo, el más característico para distinguir el sentido que nos conviene a la hora de vincular o desvincular el Estado del modelo económico respectivo en cada país, ya sea el de economía de mercado, o el de economía social de mercado o el de las demás formas de estado contemporáneas no vinculadas a esos dos sistemas o modelos económicos modernos mencionados.

El Estado de derecho, entendido como un tipo de Estado en el que se controla su poder y se le limita, es decir, un estado concebido para proteger al individuo, a la persona humana de los siempre posibles y hasta probables abusos de aquel, especialmente contra su libertad y propiedad : que no debe ser confundido con el estado “legal” de derecho, donde el Estado lo refleja, no lo limita y asentimos que lo refleja en el sentido de que las normas creadas por el gobierno obedecen más a los intereses de los grupos e incluso de los individuos que lo manejan, y no al “bien público” o al “interés social”. (Ghersi, Consecuencias jurídicas del mercantilismo, 2002).

Respecto a la soberanía, al concepto de soberanía como rasgo identitario más importante del estado moderno, el filósofo Gerard Mairet describe esta vinculación en forma bastante clara para distinguirlo de las formas políticas medievales.

[...] La idea de legitimación es capital aquí, porque ella es la que especifica la soberanía moderna: en soberanía, el soberano es –o no lo es- legítimo; la cuestión entonces, no es ya de saber si su poder está instituido por Dios o si no es así. De la legitimidad requerida por la soberanía a la institución en el sentido pauliano del término, hay un verdadero corte que consiste en lo siguiente: en soberanía el príncipe se legitima él mismo, dicho de otra manera, la soberanía es ella misma su propia razón. Por el contrario, la institución supuesta como un fundamento externo al poder – el del emperador, o el del Papa-, supone una dependencia del poder de cara a su principio. Lo que significa que la edad media sin cesar balanceada de una potencia a otra, no pudo encontrar la solución que el estado moderno ejercerá y que consiste en hacer coincidir en la misma unidad el principio del poder, y la forma de su ejercicio” (Chatelet, F y Mairet, 1981, pág. 276).

Pero el rasgo más característico del Estado moderno ha sido el de reemplazar a la divinidad especialmente a partir del siglo XIX con las ideas socialistas, que hicieron creer a la humanidad entera que el Estado tenía un carácter neutral, que no representaba los intereses de nadie y olvidaron su carácter esencial, su carácter opresor que, como monopolizador legítimo de la violencia, no se detiene jamás en el aumento de su poder si le dan oportunidad. Y vaya que todos al exigirle que resuelva cada vez más y más todo tipo de problemas que deberían resolver los privados, le dan más poder cada vez, y cómo para resolver los diversos problemas sociales e individuales necesita financiamiento, ya que él no produce, solo le

queda aumentar el gasto del Estado, el gasto público extrayendo su financiación de impuestos que los que tendrán que pagar los contribuyentes mismos.

Eso que era privativo de los países socialistas o comunistas y que llevó a la bancarrota o al empobrecimiento agudo, hoy es adoptado por todos los estados democráticos. El intervencionismo se ha generalizado incluso en los países europeos, incluso en los Estados Unidos de Norteamérica, y es esto es lo que motiva la presente tesis.



PRIMERA PARTE



1. Derecho y economía

1.1. La Relación

No se puede negar la estrecha relación entre la vida económica de una sociedad y el funcionamiento de su sistema jurídico, tanto que la separación fáctica o concreta de estos dos ámbitos de la vida social es prácticamente imposible. Lo único que hacemos o podemos hacer es distinguirlos en base a nuestra capacidad humana de abstracción y gracias al instrumento del lenguaje. No es posible señalar en concreto el límite entre economía y derecho, es decir, determinar donde comienza una y termina la otra, aunque sí lo podemos hacer en abstracto.

La distinción que antes establecimos entre la creación de una estructura legal permanente, dentro de la cual la actividad productiva es guiada por las decisiones individuales, y la dirección de la actividad económica por una autoridad central, es realmente un caso particular de la distinción más general entre el Estado de Derecho y el gobierno arbitrario. Bajo el primero, el Estado se limita a fijar normas determinantes de las condiciones bajo las cuales pueden utilizarse los recursos disponibles, dejando a los individuos la decisión sobre los fines para los que serán usados. Bajo el segundo, el Estado dirige hacia fines determinados el empleo de los medios de producción. (Hayek, 2011).

Sin embargo, las formas y grados de relación entre dichos ámbitos –derecho y economía– varían, dependiendo especialmente del papel que desempeña el Estado en la vida económica de una comunidad determinada, es decir su grado de injerencia o intervención y la pertinencia o impertinencia de la misma; o de la mayor o menor conciencia por parte de las elites y de la población respecto de la función o el papel esencial del Estado como institución que tiene el monopolio de la fuerza, que puede usarla legítima e ilegítimamente y que, ante todo, es una institución de poder. El Estado, como todas las asociaciones políticas que históricamente lo han precedido, es una relación de dominación de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima (es decir, de la que es vista como tal). Para subsistir necesita, por tanto, que los dominados acaten la autoridad que pretenden tener quienes en ese

momento dominan. (Weber, 2007)

Parece ser que se olvida ese carácter del Estado y ahora se le atribuye múltiples funciones que no le corresponden, incluso en nombre de la llamada “justicia social”¹ a través de subsidios, bonos o aumentos de impuestos o de sueldos que generalmente generan consecuencias claramente anti-económicas y que afectan con más intensidad a los grupos sociales más débiles, aunque el buen deseo sea el contrario, y las buenas intenciones sean innegables.

Pero para combatir la pobreza el Estado actúa adecuada y benéfica mientras menos interviene en la vida económica. Y existen diversos mecanismos para combatir la pobreza, como la ampliación de la acumulación de capital de los enormes activos ilegales de las poblaciones marginales, lo que implica la extensión de formalización legal de la propiedad de esos activos marginales, como lo ha demostrado Hernando de Soto en su conocida obra “*El misterio del capital*”.

Uno de los efectos más importantes del sistema de propiedad formal es transformar activos de menos a más accesibles, para que puedan hacer trabajo adicional. A diferencia de los activos físicos, las representaciones son fáciles de combinar, dividir, movilizar y utilizar para alentar tratos comerciales. Al separar los rasgos económicos de un activo de su rígida fisicalidad, una representación vuelve al activo “fungible”, es decir, capaz de moldearse para encajar en prácticamente cualquier transacción (...) Al describir todos los activos en categorías estandarizadas un sistema de propiedad formal integrado permite comparar dos edificios arquitectónicamente distintos construidos para el mismo propósito. Esto permite discriminar rápidamente y a bajo costo los parecidos y las diferencias en los activos, sin tener que tratar con cada activo como si fuera único. (De Soto, 2021)

El gobierno puede y debe invertir parte de sus esfuerzos en combatir

¹ El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la “Justicia social” como: Obligación que tiene el Estado de procurar el equilibrio entre la población a favor de las personas desfavorecidas. El término fue acuñado en 1840 por Luigi Taparelli d'Azeglio, S. J. (1793-1862), quien quería orientar con él la doctrina del derecho natural de Tomás de Aquino hacia la nueva cuestión social. El Papa León XIII recogió la doctrina en su encíclica *Rerum novarum* de 1891, que constituye el fundamento de una doctrina social específicamente católica, que se ha profundizado y ampliado en muchas encíclicas y documentos posteriores. Sigue conformando la corriente principal de la doctrina social católica en la actualidad; el propio concepto de justicia social se sigue usando predominantemente en este contexto.

directamente la pobreza y para evitar que ello se transforme en un mecanismo más de la política y los intereses, es preciso que los programas de alivio a la extrema pobreza den preferencia al subsidio directo al ingreso, a través de algún tipo de contraprestación “los programas de asistencialismo paternalista desincentivan el trabajo, el ahorro y la disciplina productiva y terminan convirtiéndose en una fuente de despilfarro de los fondos colectivos” (Boloña, 1993, pág. 45).

Las diversas expresiones de la relación entre economía y derecho se reflejan también en las variaciones en la vida académica respecto a dicha relación. Los estudios de economía eran parte inseparable de los estudios de derecho en otra época.

Adam Smith, llamado el padre de la economía por ser un estudioso de la economía clásica capitalista, sin embargo, no era economista, sino abogado, y enseñaba la materia de Derecho Civil en el programa respectivo, del cual la economía era parte, lo que coadyuva a la idea que la economía no funciona por sí sola, aislada del Derecho y en general del contexto social.

El papel del Estado, no es crear un orden social sino servirlo con ciertos instrumentos para su mantenimiento. Por eso el gobierno debe ser gobierno de leyes no de órdenes, para tal efecto debe proporcionar el marco adecuado dentro del cual la libre cooperación de los hombres se desenvuelva (Boloña, 1993, pág. 39).

Pero como una de las características fundamentales de la economía es la escasez, es decir que los bienes económicos son limitados, esto explica la importancia del derecho de propiedad que supone por parte de todos los demás una obligación negativa de no usurpar la propiedad ajena, derecho que a su vez supone la libertad de la persona. Todo esto hace impensable la separación de la economía y el derecho que regula precisamente esos derechos. Lo cual no se opone a la idea de que la vida del mercado se da espontáneamente, que en el mercado –las relaciones libres y voluntarias entre productor y consumidor– es ante todo una práctica espontánea, no planificada, cuyo estudio puede considerarse una ciencia pues no se ocupa de lo que debe ser sino de lo que es: una “praxeología” a decir de Ludwig Von Mises, reconocido economista austríaco.

La praxeología no se interesa por los objetivos últimos que la acción pueda

perseguir. Sus enseñanzas resultan válidas para todo tipo de actuación, independientemente del fin a que se aspire. Constituye ciencia atinente, exclusivamente, a los medios; en modo alguno a los fines. Manejamos el término felicidad en sentido meramente formal. Para la praxeología, el decir que «el único objetivo del hombre es alcanzar la felicidad» resulta pura tautología, porque, desde aquel plano, ningún juicio podemos formular acerca de lo que, concretamente, haya de hacer al hombre más feliz. (Mises, 2023)

1.2. La Economía no es una isla

En una sociedad, si no hay respeto por los derechos individuales, por la propiedad privada, la libertad individual, y un aceptable sistema de justicia, no es posible una economía de mercado en sentido estricto. Para vincular el papel del derecho con la vida económica, veremos que son éstos mismos derechos (la propiedad, la libertad, la justicia, entre otros) los que son reconocidos, garantizados y establecidos por la constitución y las leyes, y que tienen que hacerse efectivos y convertirse en realidad, sino no es posible una genuina economía de mercado como la de los países desarrollados. Por tanto, el cambio en la política económica por más atinado que sea, no generará por sí sola una economía de mercado, ni una sociedad capitalista o desarrollada. Sin embargo, puede ser un decisivo punto de inicio, como ocurrió con la política económica aplicada por el ministro Carlos BoloñaBehr, durante el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori (1990-2000), lo que nos muestra que no se puede negar en términos absolutos el papel del derecho y del Estado en la vida económica.

Pero la vinculación entre derecho y economía es mucho más evidente cuando se deja de considerar la economía como un asunto meramente mercantil, una “catalaxia”² como la denomina la escuela austriaca, sino como una actividad mucho más amplia a partir de la teoría subjetiva del valor dentro de la economía de mercado,

² Refiere Adolfo Castilla: “Catalaxia o cataláctica, por otra parte, es un término utilizado por F. Hayek, L. von Mises y otros autores de la Escuela Austriaca de Economía para referirse a la economía o a la parte de la Praxelología que se ocupa del intercambio de bienes y de la fijación de sus precios en un mecanismo de orden espontáneo como es el mercado. Según von Mises, que lo menciona dos veces en su libro, fue el inglés Richard Whately el que introdujo esta denominación en 1831, aunque con ortografía diferente (Catalactics). El origen del término es, por supuesto, griego; se trata de la palabra “katalasso” que significa, entre otras cosas, “intercambio”. (<https://economiyfuturo.es/praxeologia-y-catalaxia-i/>)

lo cual excede la actividad puramente mercantil.

Toda la teoría moderna del valor venía a ampliar el horizonte científico y a ensanchar el campo de los estudios económicos. De aquella economía política que la escuela clásica sistematizara emergía la teoría general de la acción humana, la praxeología, los problemas económicos o catalácticos quedaban enmarcados en una ciencia más general, integración imposible ya de alterar. Todo estudio económico ha de partir de actos consistentes en optar y preferir; la economía constituye una parte, si bien la mejor trabajada, hasta ahora, de una ciencia más universal, la praxeología, las decisiones del hombre presuponen efectiva elección. Cuando las gentes las llevan a efecto deciden no sólo entre diversos bienes y servicios materiales; al contrario, cualquier valor humano, sea el que sea, entra en la opción. (Mises, 2023, pág. 26)

1.3. Complejidad de la Economía

Volviendo a las formas y grados de relación entre dichos ámbitos -derecho y economía- se puede hablar de varios matices según el mencionado criterio y esos matices pueden situarse entre dos extremos: en uno de esos extremos se puede hablar de los países donde el Estado interviene en la dirección total de la economía, es dueño de los medios de producción y no existe la propiedad privada, como Cuba, Venezuela, Nicaragua, Corea del Norte, entre otros; y en el otro extremo, podemos ubicar a los países cuyo sistema económico se aproxima más al modelo de economía de mercado sin que importe mucho si es “de mercado” o “social de mercado”, porque, como insistimos en esta investigación, la economía social de mercado, se sostiene en la libre competencia, sin mercantilismos y sin la intervención del Estado, salvo a través por los mecanismos redistributivos, lo que convierte la economía de mercado en “social de mercado”.

Entre esos dos extremos -el comunismo y la economía de mercado en sentido estricto- encontramos diferentes grados de intervencionismo estatal, como ocurre en la mayoría de países latinoamericanos que, aunque algunos de ellos, como el Perú, se autodenominen de “economía social de mercado” son más bien de economía mercantilista e intervencionista, que no es social ni de mercado. Esta posición también tiene otros nombres: “economía planificada y de libre

competencia”; “colectivismo y liberalismo!” (Hayek, 2014, pág. 281).

Aquí consideramos a la economía social de mercado alemana como la economía de mercado en un sentido estricto, en la que un mismo modo de producción de riqueza, es decir de bienes de capital, de bienes de consumo y servicios a cargo de las empresas privadas (grandes y pequeñas), con precios determinados por el mercado -oferta y demanda- y no por el gobierno, y sin alianzas político económicas mercantilistas, que hacen imposible un sistema de libre competencia. Esto es, una competencia que respete el principio de igualdad ante la ley, que hace imposible proliferar prebendas, privilegios, favoritismos, subsidios, que requieren imponer mayores impuestos a los ciudadanos formales para financiar estas actividades- por tanto no puede haber una genuina economía de mercado, que no significa “absoluta”, sino con una política en la que el Estado puede intervenir, pero no para distorsionar o bloquear el libre mercado, la libre competencia, ni para complicar la vida de la gente encareciéndola y empobreciendo y desincentivando la producción. (Hayek, 2011, pág. 130)

Pero las relaciones entre derecho y economía no son suficientemente fructíferas si se realizan en abstracto o si se realizan a partir del derecho o de la economía consideradas aisladamente, si no aplicando los medios o instrumentos de la economía al examen de los problemas del derecho.

1.4. La disciplina del análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho, es una disciplina que pone de manifiesto esa relación entre derecho y economía, que tiene sus propias características, porque no es solo un asunto de inter-disciplina sino, como se dijo, de la aplicación de las herramientas económicas a los asuntos jurídicos, no solo para ver el costo-beneficio en esta materia, sino su razonabilidad sostenida en evidencias objetivable. Es una mirada al derecho desde un ángulo nuevo y externo al derecho, pero que lo ayuda a entenderse a sí mismo y a darle mayor peso a su carácter teleológico. (Bullard, 2019)

Puede afirmarse que consiste en dejar de encarar el problema de la economía solo como los economistas y el problema legal solo como los abogados, esto para lograr entender la “acción humana”, el comportamiento humano verdaderamente

existente, no el ideal o el deber ser, es decir lo que quisiéramos que fuera, sino la vida humana tal cómo se presenta y se ha presentado en el pasado, sin juicio crítico, moral, o legal, limitándose a describir su racionalidad, su lógica, su sentido. (Mises, 2023).

La ciencia de la conducta humana, en tanto no sea mera fisiología, no puede dejar de referirse a la intencionalidad y al propósito. A este respecto, ninguna ilustración nos brinda la observación de la psicología de los brutos o el examen de las inconscientes reacciones del recién nacido. Antes, al contrario, sólo recurriendo al auxilio de la ciencia de la acción humana resulta comprensible la psicología animal y la infantil. Sin acudir a las categorías praxeológicas, nos resulta imposible concebir y entender la actuación de animales y niños. (Mises, 2023, págs. 57-58).

Resulta bastante común encontrar que se califique el Análisis Económico del Derecho como frío, reductor o utilitario, lo cual es producto de la ausencia de análisis de términos como “costo-beneficio”, como “externalidades”, y otros. El concepto de “economía” se ha ampliado enormemente, hasta convertirse en una inter-disciplina centrada en la economía de mercado, en la libre competencia, pero inescindible del respeto a los derechos de las personas, en democracia, vincula también a la historia, a la filosofía, a la psicología. Como corresponde a una época de post especialidad, de heterogeneidad y conexiones disciplinarias.

Por eso es que el análisis económico se aplica incluso a los diversos aspectos de la vida humana (incluida a modo de ejemplo la elección de pareja matrimonial), idea que desarrollaría después Gary Becker, Premio Nobel de Economía, en *A Happy Marriage* 2015 (Economics & The Family. Royal Economic Society) demostrar que todos hacemos análisis costo-beneficio en nuestra vida profesional, personal, laboral, familiar, aunque esto no signifique que siempre hagamos buenos análisis de este tipo y que esto se refiriera sólo a términos económicos en sentido estricto, o sea en sentido puramente mercantil.

(Bullard, 2019) sostiene que el Análisis Económico del Derecho es “el uso del método económico (de las herramientas o instrumentos) para entender las instituciones jurídicas”. La llena de sentido. Y de ahí que no se entienda o se malentenda, porque no es propiamente derecho ni propiamente economía, aunque

esos son sus ingredientes. Un ejemplo: Legisladores bien intencionados que postulan penas más severas para algunos delitos graves, como por ejemplo disponer cadena perpetua para el rapto de menores, sin reparar en que eso traerá como consecuencia que el raptor preferirá matar al menor raptado para evitar la denuncia y evadir la justicia, antes que devolver convida al menor raptado y obtener cadena perpetua por este delito.

Siguiendo a (Bullard, 2019) a primera vista el endurecimiento de las penas parece adecuado y justo, pero aplicando criterios económicos de costo-beneficio, la propuesta de mayor severidad en las penas se revela como antieconómica y contraproducente o sea no razonable. Y el valor del derecho no es lo legal, que es su aspecto formal, sino lo razonable. El que delinque también hace análisis costo-beneficio y evalúa que en caso de matar al menor raptado le darán 25 años o cadena perpetua, que será el costo si lo atrapan, pero el beneficio es más conveniente para él: la posibilidad de evadir la justicia por falta de testigos asesinando al menor raptado.

El método de Análisis Económico del Derecho, simplifica la complejidad mediante modelos, porque no confunde el modelo (abstracto) con la realidad (concreta). Esta necesidad pedagógica de simplificación es perfectamente legítima, pues no pierde de vista que son sus propios autores quienes reconocen esta simplificación (una labor deliberada de abstracción de elementos que se consideran momentáneamente prescindibles). Estas abstracciones no solo no distorsionan la realidad económica, sino que la hacen más inteligible porque la simplifican, no en el sentido de una “reducción” incontrolada de la realidad sino de una clara distinción entre las realidades concretas y las abstracciones.

Y es que el uso de herramientas económicas para el análisis de un sistema legal con el objetivo de hacerlo más eficiente es una idea que se remonta años atrás y aun siendo así se ha mantenido el escepticismo de la importancia de vincular su disciplina con otras ramas del conocimiento. (Valverde, 2022) dice:

A partir de principios de la década de 1960, está limitada interacción (refiérase a Economía y Derecho), cambió drásticamente cuando el análisis económico del derecho se extendió a las áreas más tradicionales del derecho, como la propiedad, los contratos, los agravios, el procedimiento penal y el

derecho constitucional. Este nuevo uso de la economía en el derecho planteó preguntas como las siguientes: ¿fomentará la propiedad privada del espectro electromagnético su uso eficiente? o ¿toman las empresas demasiadas o muy pocas precauciones cuando la ley las hace estrictamente responsables de los daños a los consumidores?

Lamentablemente se da una relativa falta de información entre economistas y abogados respecto del Análisis Económico del Derecho, como advierte Enrique Gherzi en la Conferencia: Informalidad económica como estrategia de sobrevivencia. Universidad Francisco Marroquín. Guatemala, 2013. Y es que el análisis económico del derecho no está relacionado directamente ni con leyes o normas jurídicas, ni con asignación de recursos más eficiente, ni con la escasez de bienes, ni con la curva de demanda y oferta, etc., que caracterizan a la llamada ciencia económica.

El análisis económico se centra más bien en el análisis de la conducta del ser humano, los motivos de su comportamiento (los incentivos y desincentivos) y las conductas constantes y obvias que son cómo axiomas económicos, por ejemplo, que el ser humano busca en sus negocios y en sus actividades el máximo beneficio y el mínimo de costo y, en general, busca estar siempre mejor, busca siempre su bienestar, estar bien. Seguramente hay excepciones, pero la inmensa mayoría de la humanidad es así y eso (entre otros) es suficiente para partir de ahí a la elaboración de una teoría: hechos simples e irrefutables. Por eso todos preferimos adquirir un producto de mejor calidad al menor precio. Y esto se puede considerar un axioma como los de las matemáticas,

En general, la economía de mercado, fundamento del análisis económico del derecho, se basa en ideas muy simples, pero no menos útiles, porque su constancia y permanencia se mantienen, por eso pueden tomarse como base, como fundamento de una teoría económica. Por ejemplo: nadie quiere tener pérdidas al realizar una actividad económica, todos pretendemos obtener el máximo beneficio al menor costo en nuestros negocios o actividades, grandes o pequeñas, sin ser empresarios en sentido estricto. ¿Por qué tendría que ser diferente para los grandes empresarios? ¿Por qué tendría que ser malo para los empresarios lo que es bueno para cualquier

ciudadano? ¿Por qué un empresario no podría aspirar a un máximo de ganancias, con un mínimo de costos?

Por eso el Análisis Económico del Derecho se pregunta por qué los individuos actúan de una cierta manera y no de otra, formulando hipótesis de lo que puede pasar estudiando la conducta humana tal como es, no cómo debería ser. El economista Gary Becker sostiene que la ciencia económica no es, en primer lugar, una disciplina para asignar racionalmente los recursos, sino para saber cómo se comportan las personas en la realidad y en particular en la vida económica existente.

Así también, (Bullard, 2019) sostiene que el Análisis Económico del Derecho contiene un instrumento que estudia la conducta humana y un sistema que pretende regular la conducta a través de normas, contratos, decisiones judiciales, etc., que afectan esas conductas. De esto se puede deducir la importancia que puede tener, entre otras, la vinculación de la economía con el derecho cuando se alían dos disciplinas: una que estudia la conducta humana con otra que intenta regular dicha conducta.

Habiendo millones de transacciones económicas, uno se puede preguntar cómo hace un economista para determinar, el primero de enero de cada año, el grado de inflación que se espera para el año que inicia, por ejemplo. La economía ayuda a entender la conducta humana porque trata de verla como es, de manera objetiva, no cómo idealizamos que fuera. Y reconociendo las conductas constantes e invariables de los humanos, los economistas pueden tener criterios sólidos para hacer algunas predicciones. Todos esperamos encontrar los productos más baratos y de mejor calidad, nadie prefiere los productos más caros y de menor calidad, este es un axioma o se le puede tomar como tal. Podrá considerarse muy obvio, un lugar común, pero eso mismo lo convierte en un punto de partida indiscutible, su obviedad no afecta en nada su papel o función axiomática. Al contrario.


Las reglas o normas jurídicas son incentivos o desincentivos para adoptar o no ciertas conductas eficientes, o ineficientes de acuerdo a ciertos fines considerados saludables o convenientes. Por eso las normas deben estar concebidas teniendo en cuenta el carácter teleológico del derecho: el fin es la mayor producción y actividad económica, el aumento de la riqueza de una nación, que favorece a todos. Esto amplía

el concepto tradicional de economía o de lo económico y ofrece nuevas perspectivas al derecho para entenderse y fundamentarse a sí mismo. Cuando el derecho se funda en el conocimiento de la economía tal como ésta funciona, es como se esclarece su papel y su función.

Las normas premian o sancionan cierto tipo de conductas en relación a su papel positivo o negativo en el desarrollo de las fuerzas productivas de una nación, es decir en su enriquecimiento o empobrecimiento. Es un criterio objetivo que coadyuva a decidir la conveniencia o inconveniencia, por ejemplo, de una propuesta de ley. Esto demuestra la importancia del Análisis Económico del Derecho en una economía moderna y de un derecho económico moderno, del relevante vínculo entre economía y derecho. Pero “costo” o “beneficio”, como se ha indicado, no debe entenderse en sentido estrechamente economicista, por ejemplo, el costo de obtener un título profesional es muy alto en tiempo y dinero, pero el beneficio suele ser mucho mayor en ambos sentidos, y por eso es preferible tener una profesión a no tenerla.

Imaginemos unas vacas en una pastura abierta de propiedad del estado que todos pueden usar gratuitamente. Como el beneficio consiste en engordar gratis a las vacas de cada quien, es lógico que todos van a querer acudir con su vaca a dicha pastura porque su alimentación es gratuita. Entonces al acudir todos los dueños de vacas por la misma razón a dicha pastura, se produce un sobrepastoreo. En algún momento ya no habrá pastura, el exceso de estos bovinos exterminó la fuente de alimentación. ¿Quién va a invertir en la pastura si es de todos y de nadie? No hay incentivo, motivación o deseo de invertir. La falta de inversión se ha generado por falta de derecho de propiedad. ¿Por qué no se extinguen las gallinas y sí se extinguen miles de especies salvajes sin dueño? Por eso, porque no son propiedad privada, como las gallinas) Si lo fueran, el dueño se ocuparía de mantenerlas y alimentarlas. (Gherzi, 2002).

SEGUNDA PARTE



**REGÍMENES ECONÓMICOS: ECONOMÍA DE MERCADO, ECONOMÍA
SOCIAL DE MERCADO, Y SUS DEFORMACIONES COMO EL
INTERVENCIONISMO, MERCANTILISMO Y POPULISMO.**

2. Comparación de Regímenes Económicos: Economía de Mercado, Economía Social de Mercado

2.1. Economía de Mercado

2.1.1. Como sistema social

La Economía de Mercado es definida como “un sistema social de división del trabajo, basado en la propiedad privada de los medios de producción” (Mises, 2023). La división del trabajo se origina espontáneamente desde los primeros tiempos de la vida social debido a las múltiples ventajas económicas y de tiempo que ofrece. De ahí que el ser humano haya intercambiado bienes y servicios siempre debido a esa capacidad de socialización que parecer ser exclusiva, pues, ni los animales más inteligentes intercambian productos, como los humanos en el truco, por ejemplo.

La experiencia enseña al hombre que la acción mancomunada tiene una eficacia y es de una productividad mayor que la actuación individual aislada. Las realidades naturales que estructuran la vida y el esfuerzo humano dan lugar a que la división del trabajo incremente la productividad por unidad de esfuerzo invertido. Las circunstancias naturales que provocan la aparición del aludido fenómeno son las siguientes: Primera: La innata desigualdad de la capacidad de los hombres para realizar específicos trabajos. Segunda: La desigual distribución, sobre la superficie de la tierra, de los recursos naturales. Cabría, en verdad, considerar estas dos circunstancias como una sola; a saber, la diversidad de la naturaleza, que hace que el universo sea un complejo de variedad infinita. Si en la tierra las circunstancias fueran tales que las condiciones físicas de producción resultaran idénticas en todas partes y si los hombres fueran entre sí tan iguales como en la geometría euclidiana lo son dos círculos del mismo diámetro, la división del trabajo no ofrecería ventaja alguna al hombre que actúa. (Mises, 2023, pág. 249).

2.1.2. División del Trabajo

La necesidad imprescindible del intercambio de bienes y servicios, que origina la división del trabajo se puede percibir imaginando lo que costaría a la humanidad que cada ser humano tuviera que producir todos los bienes que requiere

para su subsistencia, alimentación, vestido, vivienda, lo que sería enormemente complicado y oneroso, aunque se trate de una economía de pura subsistencia.

Cada uno de los seres humanos que participan dentro del mundo del mercado actúa según su interés individual; a pesar de ello todos deliberadamente satisfacen, sin proponérselo, las necesidades de los demás, en el afán de satisfacer sus propias necesidades. Desde lo más básico: el comprador y el vendedor, usted quiere pan y el panadero quiere su dinero. Es una actitud perfectamente individualista, la de ambos -en el sentido de colocarse en primer lugar en sus decisiones- por su motivación subjetiva: sacar provecho personal legítimamente- pero conveniente socialmente. El egoísmo de uno es complementario y no antagónico con el egoísmo del otro en el mercado. Uno quiere comprar y el otro vender.

El otro también se beneficia, aquí no se da la “suma cero”; el beneficio de uno no supone la pérdida del otro. Es una colaboración voluntaria en beneficio mutuo. Y eso es lo que es de difícil comprensión por los prejuicios contra el egoísmo humano, creer que si alguien gana (el empresario) hay alguien que debe perder necesariamente (el trabajador). Se cree que los países capitalistas desarrollados o ricos, son ricos debido a los países pobres. Sin embargo, todos ganan en el mercado libre porque obtienen lo que quieren del otro y recíprocamente, de acuerdo a sus propias valoraciones subjetivas, conforme lo sostiene Von Mises.

Todo progreso hacia una más avanzada división del trabajo favorece los intereses de cuantos participan en la misma. Para comprender por qué el hombre no permaneció aislado, buscando, como los animales, alimento y abrigo sólo para sí o, a lo más, para su compañera y su desvalida prole, no es preciso recurrir a ninguna milagrosa intervención divina ni a la personalización de un innato impulso de asociación, ni suponer que los individuos o las hordas primitivas se comprometieron un buen día mediante oportuna convención a establecer relaciones sociales. Fue la acción humana estimulada por la percepción de la mayor productividad del trabajo bajo la división del mismo la que originó la sociedad primitiva y la hizo progresivamente desarrollarse. (Mises, 2023, pág. 192).

Es un sistema basado en la colaboración involuntaria de cada quien -que es

mucho más probable que la motivación de la bondad- pero que trae consecuencias provechosas para el conjunto, es más probable que podamos contar con ese egoísmo con mucha más seguridad que con la solidaridad, el altruismo, la caridad, la compasión o la bondad, aunque no sea el ideal humano. No porque deba ser así, sino porque es así y es legítimo que así sea (si no colisiona con la Constitución y las leyes por supuesto).

Hay egoísmos y ambiciones inteligentes y provechosas que no causan perjuicio a nadie, aunque puedan hacer mucho bien a algún individuo o grupo. Sin embargo, existen también egoísmos muy perjudiciales, actitudes que hacen daño incluso al propio autor, y por supuesto a los demás. Pero el egoísmo, entendido como aquel que no solo beneficia a uno, sino a un conjunto de ciudadanos que conforman el mercado, no es intrínsecamente malo o perjudicial en la economía.

El productor o el vendedor se ponen invariablemente al servicio de los ciudadanos, pero no por “razones” morales como la de contribuir con el bien común, por ejemplo, sino por propia conveniencia. Cuando el comprador adquiere un producto se beneficia él y se beneficia el vendedor. Estos ciudadanos -comprador y vendedor- sirven igualmente al mercado, quiéralo o no, sépanlo o no. “El ser humano es al mismo tiempo, medio y fin, fin último para sí mismo y medio en cuanto coadyuva con los demás para que puedan alcanzar sus objetivos personales” (Mises, 2023, pág. 131).

Pero como no coadyuva por el bien de los otros sino por conveniencia patrimonial propia, muchos reprochan esta actitud como anti ética, soslayando sus consecuencias sociales y limitándose a juzgar las intenciones subjetivas que poco importan en el contrato de compra venta. Mientras más contratos, transacciones e intercambios económicos haya en una comunidad, mejor para ella. Y teniendo en cuenta que, si trae beneficio común, tiene que ser esencialmente ética, es decir, saludable social o individualmente (ética en el sentido jurídico, no moral).

Si el empresario productor elige un tipo de producto para satisfacer el mercado lo hace con fines de lucro, como el comerciante que las vende, lo cual es un fin perfectamente lícito, aunque pueda ser calificado de individualista, dándole un sentido exclusivamente peyorativo a este término que, en nuestro trabajo, sólo tiene sentido descriptivo.

Citando la posición de (Rand, 2006) lo que Kant propuso respecto a este punto fue el desinterés completo, total; para él una acción solo era moral si se llevaba a cabo por deber y si de ella no se derivaba beneficio alguno, ni material ni espiritual; si se deriva algún beneficio la acción deja de ser moral (...). Es la versión que profesan las personas cuando equiparan el interés personal con el mal. Es la versión kantiana del altruismo la que opera cada vez que la gente teme admitir que busca un superávit, cada vez que los comerciantes se rehúsan a decir que están logrando ganancias, cada vez que las víctimas de una dictadura en ascenso temen hacer valer sus derechos egoístas.

Ni el egoísmo ni la ambición son malos o buenos, en general, porque dependen del tipo de egoísmo y de la ambición particular o específica de que se trate y para evaluarlos sólo son pertinentes las consecuencias de los actos concretos, no sus motivaciones psicológicas que son irrelevantes. Es probable que ninguno de los participantes en la producción o comercialización de bienes y servicios (en las relaciones de mercado que conformamos todos) lo haga por el bien del público consumidor que requiere un producto o servicio; es evidente que lo hacen porque hay una demanda de éstos –o se cree que la hay- y ellos pueden satisfacerla y obtener una ganancia. Esto no tiene nada de malo, jurídicamente, y por eso es lícito. Es más, es beneficioso socialmente.

A pesar de ello, se reprocha o se insinúa o se denuncia el egoísmo de los productores y comerciantes por aprovecharse de la necesidad del público. Sin embargo, es la necesidad o el deseo lo que produce la demanda de un producto y lo que determina la producción que el empresario va a tener en cuenta para producir, y todo el éxito de su empresa depende de su conocimiento o intuición de dicha demanda. Es absurdo moralizar sobre las actitudes de los agentes económicos y acusar a los productores y comerciantes de aprovecharse de la necesidad pública.

No se repara en que el consumidor también se sirve del producto que demanda, sino no lo compraría, salvo que lo haga por caridad o compasión por el vendedor. Si éste aumenta el precio arbitrariamente, el consumidor busca otro comerciante, en una sociedad de libre competencia. Se confunde el egoísmo del que

contamina los ríos en la extracción ilegal de minerales, con el que, con un negocio lucrativo, puede satisfacer una necesidad social mejor que otros, aunque esa no sea en absoluto su intención y solo lo haga por ánimo de lucro. Que lo mueva el ánimo de lucro no es malo en sentido jurídico, aunque pueda serlo para otros órdenes normativos, no jurídicos, muy respetables, pero no obligatorios.

La actividad empresarial -motivada aun exclusivamente por el ánimo de lucro- no está prohibida, es lícita y es lícita porque es necesaria y positiva socialmente. El consumidor no adquiere un producto por complacer al comerciante, para que tenga éxito económico y se haga rico, sino porque lo necesita y va a buscar el mejor producto al menor precio. Eso es egoísta, porque está pensando en sí mismo, pero también es razonable y lícito. Se confundió lo que es, con lo que debe ser y se le pide al prójimo que no sea egoísta, sin reparar que el egoísmo es una característica humana insoslayable y no siempre es perjudicial.

2.1.3. El Valor

En la obra de Ludwig Von Mises, *Acción Humana*, se aprecia una investigación sobre la realidad económica (surge del sustento teórico que va más allá de la economía sin salir de la economía): porque para él la economía es acción humana y conocimiento de la conducta humana. Hace de instrumentos, de herramientas a las más variadas disciplinas, sociales, naturales, filosóficas, todas ellas al servicio de la economía entendida en su actuar, en su dinámica real, que no responde al cómo debería ser, sino al cómo es, cómo funciona realmente, qué problemas tiene y cómo se pueden subsanar. Todo esto en base al conocimiento del ser humano que exhibe Von Mises en la mencionada obra.

Esto exige, en consecuencia, ver al ser humano en su natural egoísmo, porque la economía tiene que partir de realidades, no de ideales platónicos. Luego de exponer sus puntos de partida, el marco teórico, Von Mises va directo a la realidad humana - no sólo económica- que todos podemos experimentar y comprobar en nuestra propia existencia y en nuestra propia experiencia vital: por ejemplo, que el valor, cualquier valor, cualquier valoración no es objetiva sino subjetiva, que uno le puede dar mucho valor a algo que otros desprecian o les es indiferente, y además las valoraciones dependen también de las circunstancias, uno mismo cambia de

valoraciones y hasta de valores, cuando se considera ineludible hacerlo.

Una inveterada y grave equivocación era el suponer que los bienes o servicios objeto de intercambio tienen el mismo valor. Se considera el valor como una cualidad objetiva, intrínseca, inherente a las cosas, y no como una mera expresión de la distinta intensidad con que se desea conseguirlos. Se suponía que, mediante un acto de medición se establecía el valor de los bienes y servicios y se procedía luego a intercambiarlos por otros bienes y servicios de igual valor. Esta falsa base de partida hizo estéril el pensamiento económico de Aristóteles, así como el de todos aquéllos que, durante casi dos mil años, tenían por definitivas las ideas aristotélicas. Perturbó gravemente la gran obra de los economistas clásicos y vino a privar de todo interés científico los trabajos de sus sucesores, en especial los de Marx y las escuelas marxistas. La economía moderna, por el contrario, se basa en la idea de que el trueque surge precisamente a causa del distinto valor que las partes atribuyen a los objetos intercambiados. La gente compra y vende, única y exclusivamente, porque valora menos lo que da que lo que recibe. De ahí que sea vano todo intento de medir el valor. (Mises, 2023, pág. 247).

Nosotros mismos cambiamos más o menos constantemente de parecer y dejamos de valorar como lo hacíamos antes con respecto a un mismo bien o a un mismo objeto. Una botella de Coca Cola, en el desierto norafricano, después de 3 días sin beber una gota de agua, puede ser lo más valioso del mundo para esa persona perdida en esa zona reseca y ardiente del África, en ese momento. Suponiendo que en ese momento se aparece un camión de Coca Cola salvador a la tercera o cuarta botella el valor que esa persona le atribuye a esa Coca Cola, después de haber saciado por lo menos parcialmente su sed, va a disminuir ostensiblemente e incluso puede desaparecer si la sed desaparece completamente.

El valor no proviene de la Coca Cola, ni de su costo de producción ni del trabajo que ha requerido, a pesar de lo que creía Karl Marx, como veremos ampliamente después: que el valor de un producto está dado por la cantidad de trabajo que se haya requerido para fabricarlo, lo que está refutado por la realidad. El valor está dado por la mayor o menor demanda del consumidor. Una obra del pintor Paul Gauguin puede haberle requerido dos o tres jornadas al pintor, nada más, ¿y le vamos

a pagar tres jornadas por su obra artística que hoy día vale muchos millones de euros. No, no le vamos a pagar por la cantidad de trabajo o el esfuerzo que ha costado producir ese objeto sino por el valor que le demos.

El valor de las obras de Gauguin³ se ha multiplicado desde la época en que hacía esfuerzos por vender, aunque sea un cuadro, pero como valor, el valor de ese cuadro sigue siendo, como antes, cuando no vendía casi nada, de carácter subjetivo y no objetivo. Subjetivo no tiene aquí sentido despectivo o negativo, solo significa que las valoraciones, es decir, la aplicación de ciertos valores a algo, las realiza un sujeto. Y “objetivo” se refiere a un conocimiento que no depende del punto de vista del sujeto, sino que depende de lo que el objeto es independientemente del sujeto cognoscente. Por tanto, no hay valores “objetivos”.

Así, siguiendo con la idea del valor, una compraventa es posible porque el que vende un objeto cree que gana más con obtener dinero vendiéndolo que quedándose con el objeto, sino no lo vendería, valora ese dinero más que el objeto que vende; mientras que el comprador valora más el objeto que adquiere que el dinero que entrega por él, y también cree que gana en esa compraventa. Ganan ambos. O ambos creen que ganan, - y en realidad ganan- y así hacen posible el mercado, las relaciones de mercado, como consumidores o como productores o vendedores.

Por eso es un prejuicio decir que para que haya intercambio, como en la compra venta, el valor de los bienes intercambiados debe ser equivalentes para el comprador y para el vendedor. No habría razón para hacer negocio. Nadie hace negocios para perder o para no ganar nada. Si así fuera, no valdría la pena darse el trabajo de hacer esa transacción, porque obtener un bien ofreciendo otro que se cree que vale exactamente lo mismo que el bien obtenido no tiene sentido. Se acepta obtener un bien en una compra venta porque se considera que ese bien vale más que lo que uno ofrece a cambio y solo así tiene sentido la transacción aludida. Y el vendedor acepta la compra venta porque siente que el dinero obtenido con ella vale más para él que el objeto ofrecido.

³ Paul Gauguin: (París, 1848 - Atuona, Polinesia francesa, 1903) Pintor francés, uno de los principales representantes del postimpresionismo.

En definitiva, preferir, equivale siempre a querer o desear A más que B. Por lo mismo que no se puede ponderar ni medir la confianza, amistad, simpatía o el placer estético, tampoco resulta posible calcular numéricamente el valor de los bienes. Cuando alguien intercambia dos libras de mantequilla por una camisa, lo más que de dicho acto se puede predicar es que el actor —en el momento de convenir la transacción y en las específicas circunstancias de aquel instante— prefiere una camisa a dos libras de mantequilla. Naturalmente, en cada acto de preferir es distinta la intensidad psíquica del sentimiento subjetivo en que él mismo se basa. El ansia por alcanzar un cierto fin puede ser mayor o menor; la vehemencia del deseo predetermina la cuantía de ese beneficio o provecho, de orden psíquico, que la acción, cuando es idónea para provocar el efecto apetecido, proporciona al individuo que actúa. Pero las cuantías psíquicas sólo pueden sentirse. Son de índole estrictamente personal y no es posible, por medios semánticos, expresar su intensidad ni informar a nadie acerca de su íntima condición. (Mises, 2023, pág. 248).

Martin Krause (2009), reconocido economista argentino, se pregunta por qué las cosas valen lo que valen. Y ensaya varias respuestas. ¿Será la cantidad de trabajo que cuesta producirlas? Y responde negativamente. Las cosas no valen más porque cuesta producirlas, el ejemplo de los diamantes, que son valiosísimos y puede no costar nada o muy poco producirlas, es elocuente. ¿Será la utilidad el mejor criterio para valorar los bienes u objetos? Es decir, ¿mientras más útiles más valiosos? Eso dejaría sin explicar porque el agua, siendo uno de los bienes imprescindibles en la vida humana, se puede adquirir gratuitamente o con muy poco costo. Y esos mismos diamantes que valen mucho son inútiles por sí mismos. No hay cosa más útil que el agua, sin embargo, vale poco, y los diamantes no son útiles, pero valen mucho, y su adquisición puede o no requerir alguna cantidad de trabajo (costo de producción).

En conclusión, las cosas no valen más porque sea difícil producirlas y no valen más porque son más o menos útiles. Karl Marx, creía, sin embargo, que el valor de las cosas proviene del trabajo que costó producirlo, por lo que hay que preguntarse de dónde viene la ganancia del capitalista. Y ya sabemos lo que respondía: “la ganancia del capitalista viene de la plusvalía que obtiene del trabajador”. La parte del

trabajo producido no pagado por el capitalista, que así acumula o incrementa su capital. Pero sabemos ahora que no porque se le agregue mayor valor trabajo, la mercadería va a valer más si el mercado no la demanda.

El trabajo no es lo que determina el valor de la ganancia. Son las enormemente variables valoraciones de los sujetos que le dan valor a las cosas y a los servicios de los seres humanos, sus deseos, necesidades, expectativas. El valor es subjetivo “No es que el trabajo les da valor a las cosas, son las cosas lo que le dan valor al trabajo. Es porque los consumidores valoran el servicio, el valor va del consumidor al producto” (Krause, 2014)

Si la gente dejara de fumar, el valor del tabaco se reduciría a cero por más costos de producción que se hayan invertido para elaborarlos. Los que dan valor al tabaco son los consumidores. En una sociedad donde hay libre competencia el consumidor es la ley.

2.1.4. La trascendencia del derecho de propiedad

Si no existiera propiedad privada y lo mío fuera tuyo, como refiere (Gherzi, 2008) si la casa, las zapatillas, el auto, etc. fueran de todos, el mundo sería una guerra de todos contra todos, tal como se da en el salvaje mundo de la selva. Es el enorme papel de la propiedad, como se indicó anteriormente, lo que llevó a Enrique Gherzi en sus clases en la Universidad Francisco Marroquín, a preguntarse, ¿por qué se extinguen las gallinas? Por la misma razón: porque son objeto de propiedad privada y sus dueños son los primeros interesados en mantenerlas vivas, hasta negociarlas, porque muchos viven de ello. Lo que no ocurre con una enorme cantidad de especies salvajes que son de propiedad pública, razón por la cual son depredados o maltratados y condenados a la extinción, porque son de todos y de nadie. La propiedad privada de los elefantes en India -su privatización- ha evitado su extinción, las familias hindúes los utilizan de varias formas y son excelentes, amables y longevas mascotas. La externalidad se ha internalizado.

El gran problema con la propiedad en los países del tercer mundo, como lo ha demostrado tan claramente Hernando de Soto en su reconocido libro *El misterio del capital* es que, fuera del ámbito de la propiedad inmueble formalizada, que es minoritaria, la organización y la institucionalización informal no está integrada en

sus formas de representación e integración. No hay un sistema unitario de representación de dicha propiedad integrada en redes y por eso la contratación, los acuerdos y los activos que pueden ser enormes no se convierten en capital, no son “fungibles” pues solo funcionan y son aceptadas muy limitadamente.

Sin un sistema integrado de propiedad formal no es posible crear una economía de mercado moderna. Si los países occidentales avanzados no hubieran integrado todas sus representaciones (mentales) en un único sistema estandarizado de propiedad a disposición de todos, no habrían alcanzado la división del trabajo ni contarían con la mano de obra especializada para crear la red ampliada de mercado y de capital a la que deben su actual riqueza. Las ineficiencias de los mercados en el tercer mundo tienen mucho que ver con la fragmentación de sus acuerdos sobre propiedad y con la carencia de representaciones estándar. (De Soto, 2021, pág. 222).

La propiedad: desde el punto de vista económico es un medio mediante el cual se internalizan las externalidades. Las externalidades son cualquier costo o beneficio que una conducta le genera a otra persona sin haber contratado con ella y sin conocerla siquiera. Esta externalidad no se deriva del contrato. Es involuntario. También hay externalidades positivas: el vecino que limpia la frontera de todos sin cobrar, solo porque no soporta los desperdicios en las veredas de la vecindad. Se benefician gratuitamente varios vecinos, gracias a que uno de ellos asumió todo el costo de la acción voluntariamente. Si las gallinas fueran salvajes y se las domesticaría y se las hiciera objeto de propiedad privada, los costos de mantenimiento se internalizarían al quedar a cargo de los propietarios, pero ellos también se beneficiarían con su explotación económica, se volverían capital.

2.1.5. El caso del régimen económico chileno

En la presente investigación nos ocupamos del caso chileno por ser una excepción en América Latina, al haber asumido con éxito la economía de mercado, con el nombre de “economía social de mercado”, que redujo la pobreza del 45 a 50 por ciento durante el gobierno de Salvador Allende, al 7 por ciento, el más bajo en América Latina⁴, entre otros indicadores: contra la política estatista de

⁴ Véase: Torres Dujisin, Isabel (1971). “Sistema Político y vía chilena al socialismo: Presentación de Isabel Torres”, Milos Hurtado, Pedro (ed.). El primer año de gobierno de la Unidad Popular, Santiago

Allende según la cual el estado resuelve todos los problemas, incluidos los económicos; es decir no el inversor, no el empresario, el productor, a los que hay que imputar mediante imposiciones para darles a ciertos grupos sociales y ganarse el aprecio popular con dinero de los contribuyentes, sino del Estado.

En relación al proceso chileno a partir del 11 de septiembre de 1973 (fecha del golpe estado que el general Augusto Pinochet dio al gobierno socialista democrático del presidente Salvador Allende y el gobierno de la Unidad Popular) se conoce que el modelo económico adoptado se estableció a partir de la influencia de un grupo de académicos provenientes en su mayoría de la Universidad Católica de Chile: los llamados Chicago Boys⁵, agrupación constituida por estudiantes de economía chilenos que realizaron estudios de postgrado de economía en la Universidad de Chicago, y quiénes posteriormente se convirtieron en profesores expertos en Ciencias Económicas, produciéndose una elevación de la calidad pedagógica en la universidad chilena que, con el tiempo, cambiaría positivamente la vida económica de Chile, del estatismo a la economía de mercado.

2.1.5.1. La Historia

La universidad norteamericana de Chicago celebró un Convenio con la Universidad Católica de Chile para que sus mejores estudiantes de

de Chile, 2013: 29-39.

⁵ Refiere el portal Memoria chilena: “Se les denomina de esta manera a aquellos economistas chilenos que, una vez cursados sus estudios de pregrado en la Pontificia Universidad Católica de Chile o en la Universidad de Chile, continuaron perfeccionando sus conocimientos en la Universidad de Chicago. El origen de esta relación se debió a un convenio firmado en marzo de 1956 entre el decano de la Facultad de Comercio y Ciencias Económicas de la UC, el profesor de Derecho Comercial Julio Chaná Cariola y Albion Paterson, director del Instituto de Asuntos Interamericanos de la universidad norteamericana. En él se estableció el denominado Punto Cuarto (Administración de Cooperación Intelectual) para instituir un sólido programa de estudios y de investigación económica por tres años, prorrogable hasta 1961. Dicho convenio contempló la presencia de profesores norteamericanos en Chile, la creación de un Centro de Investigaciones Económicas, la selección de becarios chilenos para perfeccionar sus estudios en Chicago y la realización de investigaciones acerca de la realidad económica chilena.

Los primeros profesores norteamericanos en trabajar en el Centro de Investigaciones Económicas fueron: Arnold C. Haeberger, Simon Rottenberg, Martin Bailey y Tom E. Davis, todos miembros del cuerpo estable de docentes del Departamento de Economía de la Universidad de Chicago. De los economistas egresados de la Universidad Católica que allí prosiguieron sus estudios cabe mencionar a Sergio de Castro, Florencio Fellay y Víctor Oxenius, mientras que entre los titulados de la Universidad de Chile figuran Carlos Clavel, Luis Arturo Fuenzalida y Carlos Massad”. (<https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-98015.html>)

economía fueran becados a ese programa junto a otros de la Universidad de Chile, quienes luego fueron invitados a elaborar un programa económico para el candidato Jorge Alessandri candidato a la presidencia como Salvador Allende y Radomiro Tomic.

La economía que se impartía en la Universidad de Chicago era de tendencia neoclásica (llamada actualmente neoliberal) a ejemplo del líder de la escuela monetarista Milton Friedman. El equipo que se formó se reunía para diseñar un programa económico, que en un primer momento apoyó al candidato Alessandri, quien perdió la elección ante Salvador Allende, el cual, con su política estatista e intervencionista, casi lleva a la bancarrota económica al estado chileno. Posteriormente bajo la iniciativa de Emilio Sanfuentes en 1972 los “Chicago Boys” se volvieron a reunir para continuar con los trabajos de elaboración de un programa económico para el empobrecido pueblo chileno.

Después del golpe de estado del ex presidente Pinochet (1973) hay un período de incertidumbre económica y el gobierno militar chileno no modificó la política estatista del gobierno de Salvador Allende y en cierta forma la prolonga sin solucionar el problema. No había mucha idea del funcionamiento de la economía, ni de la ciencia económica, y tal vez su único criterio era el anticomunismo y una cierta educación que comparada con la de otros países de la región, se puede catalogar como buena. El programa económico se mecanografió con el nombre de *El Ladrillo*⁶, por su volumen y aspecto.

2.1.5.2. El Trabajo

Todo el trabajo documentado con el nombre de *El Ladrillo* produjo algo que es poco frecuente en nuestros países: que a través de políticas públicas puedan solucionarse problemas casi desde cero, con una buena dirección y como en este caso, se recurrió al mundo académico o intelectual

⁶ Ver: Sanfuentes, A. Villarzú, J. y Zabala Ponce, J. L. (1992) (1ra. edición) *El ladrillo. Bases de la política económica del gobierno militar chileno* Santiago: Chile. Centro de Estudios Públicos

en economía.

Esto sucede cuando se atiende a la lógica económica, porque la economía no es arbitraria, ni irracional, pero hay que mirarla de frente y no a través de lo que debe ser, del ideal utópico y de la intromisión del estado en cada problema, que no es, o no debería ser de su incumbencia. En este caso la solución vino de los privados, que no eran ni funcionarios, ni empleados, ni autoridades estatales, aunque decidieron trabajar en equipo con el ministerio de hacienda chileno para trazar este minucioso programa que modificó la economía chilena para convertirse luego en la mejor de la región. Había que hacer lo que hoy es obvio, pero no en esa época: reducir el gasto público, la reducción de los impuestos para incentivar la inversión, privatización de las empresas estatales ineficientes y onerosas, lo que tuvo como resultado que la economía comenzó a crecer enormemente, sin emitir dinero sin el debido respaldo en el aumento de la producción.

Chile después de Allende fue contra la corriente de esos años y aun de los nuestros: el intervencionismo estatal, el keynesianismo, los subsidios, las nacionalizaciones, las expropiaciones.⁷

Citar el Chile de Pinochet es importante también por las analogías con el gobierno dictatorial de Alberto Fujimori (1990-2000) y casi en los mismos años. Son dos dictaduras, pero que introducen, o permiten introducir, medidas económicas que podrían llamarse liberales si no fuera porque fueron impuestas desde el poder dictatorial lo que es muy poco liberal ciertamente. Puede parecer que se impone un modelo económico “desde arriba”. Pero la respetada autonomía del Ministerio de Hacienda y la naturaleza misma de los paradigmas que constituyen ese modelo, hizo que lo de “imposición desde arriba” se minimice y se relativice, sobre todo constatando que sus resultados exitosos benefician a todos los chilenos, incluidos los más pobres, pues, el índice respectivo llegó a disminuir al 7%.

⁷Ver: Kaiser, Axel. (2023,29 de setiembre) *Unidad Popular: marxismo, violencia y quiebre democrático*. Conferencia para la FPP (Fundación Para el Progreso). <https://www.youtube.com/watch?v=1RHIJHizMoA>

La política plasmada en *El Ladrillo* funcionó y la economía de Chile comenzó a mejorar a mediados de los ochenta, como la de Perú en los noventa. En ambos casos, los dos dictadores dejaron en manos de expertos liberales (Büchi, y Boloña respectivamente) la política económica y puede haber hasta cierta simetría entre Pinochet y su ministro de Hacienda Hernán Büchi, y Fujimori y su ministro de Economía Carlos Boloña, ministros muy semejantes y coincidentes.

2.1.5.3. Resultados

Si se revisan estadísticas económicas en relación a los indicadores principales, como el derecho a la libertad, derechos de propiedad, libertad fiscal, gasto público, libertad comercial, financiera e índice de pobreza, solo queda a los críticos de las reformas diseñadas y elaboradas por los Chicago Boys el tema de la desigualdad, que no tiene en cuenta lo que significa para cualquier país la disminución de la pobreza del 45 a 50 por ciento al 7 por ciento, como ocurrió en Chile, puesto que más allá de la utopías o buenos deseos, solo hay dos opciones: Desigualdad en un país rico y organizado, o igualdad y pobreza general.

Los Chicago Boys, todos ellos muy influidos por la economía neo clásica y Milton Friedman - “especialista” en inflación-, así como por Ludwig Von Mises quien dejó completamente clara la imposibilidad económica del socialismo estatista, tenían una propuesta muy superior intelectualmente al estatismo intervencionista del gobierno del presidente Allende quien, pese a sus buenas intenciones, llevó a la pobreza y a la escasez al pueblo chileno.

2.2. Economía Social de Mercado

El término economía social de mercado fue acuñado por primera vez por el pensador alemán Alfred Müller-Armack (1901-1978), en su obra *Liderazgo de Economía y Economía de Mercado*.⁸ Müller propuso un modelo de economía que

⁸ Véase: Fernández Riquelme, Sergio. (2012, julio) La economía social de Mercado, un referente para el debate contemporáneo entre desarrollo económico y justicia social, *Revista Administración y Desarrollo* vol. 40, N°. 56.

mantuviera la economía llamada de mercado, o capitalista, desechando la economía planificada y dirigida por el Estado, propia de los países socialistas o comunistas donde el estado dirige y planifica centralizadamente la economía.

Pero en la idea de Economía Social de Mercado se trata de compensar las supuestas “fallas del mercado”, o inequidades, consecuencia de la “ineficiencia” del sistema capitalista, cuyo desprestigio teórico político, muy mal fundado, promovido por las ideas marxistas y comunistas databa de un siglo atrás y a estas alturas ya ha penetrado profundamente hasta tocar la cultura popular, pero especialmente el mundo académico occidental de donde irradia, atrapado por las ideas socialistas, estatistas e intervencionistas. Sus ideólogos se encargaron de desvirtuar el sistema capitalista, la economía de mercado, los empresarios y las ganancias.

El problema es que, deliberado o no, no hay posibilidad de sistema económico mixto, o sea un híbrido que combine la economía de mercado, de libre competencia, el respeto por los derechos de la persona, su libertad, su propiedad, es decir el capitalismo; con el intervencionismo económico estatal. Ello por la siguiente razón: el sistema llamado de “economía social de mercado” (el alemán) es aquel que, aplicando plenamente el modo de producción capitalista, se propone evitar los supuestos fallos del modelo de economía de mercado a secas. Y eso se lleva a cabo mediante la redistribución que, en nuestra experiencia histórica, ha sido peor que la supuesta enfermedad.

Es necesario aclarar que el mismo autor, presentó la idea según la cual el mercado, (las relaciones de mercado, es decir, el conjunto de relaciones económicas entre productores, distribuidores y consumidores de bienes y servicios) debería ser la columna vertebral de una economía de mercado, pero “dirigida con criterios sociales”. La posición de Müller implica que la Economía de Mercado no está dirigida por criterios sociales. Más exacto sería decir que la Economía de Mercado no está dirigida por nadie y es mucho más social, en el sentido de benéfico y extendido, que toda la literatura socialista. Y también porque en ella intervenimos todos ¿qué más social que esto? Es una forma involuntaria, o no, de desacreditar la Economía de Mercado porque se insinúa que carece de “criterios sociales”, o que es

competitiva, individualista, egoísta, explotadora, etc. Sin embargo, ya desde ese momento, desde la época de Müller, la economía social de mercado en Alemania se concebía exactamente en sentido económico estricto como una economía de mercado a secas, no como una mixtura, una mezcla de estatismo intervencionista y economía de mercado. Eso no es posible económicamente, aunque sea conveniente políticamente a través de la redistribución y la política tributaria.

El agregado “dirigida por criterios sociales”, supone equívocamente que una economía de mercado en sentido estricto no está “dirigida” por criterios sociales. Pero si tuviéramos una economía capitalista, el índice de pobreza debería ser el mejor criterio social. Que haya poca pobreza en un país es el mejor índice de salud social y eso solo es posible con un aumento y desarrollo de la riqueza y de la inversión, no con impuestos o subsidios.

Y es que la economía de mercado es social ella misma, lo cual supone la división del trabajo y el intercambio voluntario de bienes y servicios, ambos no solo son indispensables sino inevitables y beneficiosos “socialmente”. Aunque las motivaciones de los participantes sean perfectamente egoístas, los resultados favorecen a todos, como ocurre en los países llamados “desarrollados” o capitalistas. Ahora bien, en parte, es verdad que una economía de ese tipo no está ni quiere estar “dirigida” a secas porque es esa justamente su particularidad: no estar “dirigida”.

Aunque se den leyes necesarias que inciden favorablemente en la vida económica y la misma Constitución Política del Estado Peruano establece nuestro Régimen Económico como “economía social de mercado”, aun así, no significa que no se admita el intervencionismo económico del estado. En los países no modernos donde se ha intentado implementar con otra idiosincrasia y en diferente estadio de desarrollo, la “economía social de mercado” ésta no es social, ni de mercado, sino estatista porque en estos países que rechazan el capitalismo quienes deciden lo que es “social” y lo que es “de mercado” son los gobiernos de turno, que confunden lo social con el estatismo y del mercado no tienen mucha idea porque la enorme mayoría ha sido ya adoctrinada por la ideología intervencionista y mercantilista, todas muy funcionales a la corrupción.

Lo que caracteriza la economía de mercado justamente es el no estar dirigida

por el Estado, no estar planificada de arriba abajo como en los sistemas estatistas de economía centralizada. Son los consumidores y los millones de personas que colaboran entre sí -el mercado- lo que manda, o debe. Pero eso no significa que se desprece los criterios sociales porque ella -la economía de mercado- es intrínsecamente social e incluso exclusivamente social, pero no parte de intenciones altruistas sino de intereses, conveniencias y ambiciones legítimas. Al desarrollarse la riqueza, eleva el nivel de vida de la mayoría y reduce la pobreza significativamente. El problema está en el término “social”, que puede ser interpretado de múltiples formas, como cuando se habla de “justicia social”.

Lo que genera una ambigüedad irreparable en la proposición “economía social de mercado” es en particular el término “social” porque ese término puede ser entendido de muy diversas formas según los estados, grupos, individuos que lo utilizan con diferentes objetivos, muchas veces demagógicamente, dándole diversos alcances o matices. Por ello los “criterios sociales”, cualquiera que sea su interpretación, no deberían desnaturalizar la idea de que la producción o creación económica van a ser exactamente los mismos en una economía social de mercado que en una economía de mercado. La diferencia está en la redistribución y sus criterios. No en la creación o producción de riqueza, ni en el “sistema económico”. Es el mismo, salvo la redistribución.

Si por social se entiende “estatal”, como invariablemente ocurre en nuestros países, donde “socializar”, “nacionalizar” es “estatizar”, entonces es una máscara intervencionista que va a afectar negativamente la economía de ese país al distorsionarla, determinando los precios o subsidiando o castigando con más impuestos a los mejores contribuyentes, y desincentivando las inversiones. Y eso no ocurre en el modelo vivo alemán, pero ocurre en nuestras economías tercermundistas. Es una de sus diferencias, aunque ambos se autodenominan “social de mercado”. El estatismo o intervencionismo no solo requiere financiación (impuestos) sino personal, empleados, burócratas en cifras que han pasado a ser exorbitantes. Y el gasto público sin inversiones, sin producción ni ingresos, lleva a la crisis.

Y por eso es que el aplicador de esta idea original de Alfred Müller Armad (1901-1978), que fue Ludwig Erhard, ministro de hacienda y canciller alemán, a pesar de ser él mismo considerado también como gran promotor de este modelo de

economía y del llamado “milagro alemán”, pensaba que la expresión economía social de mercado era una redundancia, ya que para él el mercado es en sí mismo social y no necesitaba hacerse social. Los miles, o millones, de transacciones e intercambios económicos no pueden ser más sociales. La economía es como el derecho: intrínsecamente social, y la audacia con la que propugna e hizo efectivo el modelo de libre mercado, aunque el nombre “social de mercado” era mucho más aceptable en una Alemania que salía del desastre de la postguerra y la centenaria propaganda contra el capitalismo y la exitosa penetración de las ideas socialistas y estatistas desde el siglo XIX. Y por eso prefirieron llamarle “social” a lo que en la práctica era plenamente una economía de mercado en su sistema económico y no economía de mercado a secas debido a que esta denominación tenía una pésima imagen difundida por las ideas social demócratas.

Y eso es muy digno de tenerse en cuenta, sabiendo que Ludwig Erhard no sólo fue un teórico de la economía social de mercado sino el ministro de economía alemán que dirigió y contribuyó a la realización del denominado “milagro alemán”, cuando a pesar de la desastrosa situación económica y social en que quedó Alemania después de la guerra, adoptó la economía de mercado, que es la que funciona mejor, agregándole el adjetivo “social”, lo cual funcionó muy bien en Alemania, pero en los países que lo adoptaron, como nuestro país, fue una puerta abierta para todo tipo de intervencionismos estatales en aras de la igualdad o la justicia “social” y sin capitalismo.

Con el firme apoyo de su canciller, Konrad Adenauer. Ludwig Erhard hizo los cambios necesarios para pasar de una economía planificada a una de mercado, de una economía cerrada a una abierta y competitiva, de una economía adicta a la inflación a una con estabilidad de precios, de una economía dependiente del Estado omnipotente a una basada en la libre iniciativa de los ciudadanos. Estas fueron las bases del “milagro alemán” que no es algo misterioso. (Boloña, 1993, pág. 31).

Sin embargo, los detractores de la economía de mercado consideran que la economía de mercado, en sentido estricto, es antisocial, porque no se ocupa de los intereses y necesidades de la mayor parte de la población y que no tiene una función altruista como prioridad existencial. Pero como desarrolla la riqueza cuando es de

verdad de mercado, es más beneficiosa que todos los discursos en favor de los pobres.

“El mercado” no es algo que esté situado por encima de los individuos, una entelequia ideológica ordenada y dirigida por un genio maligno invisible, situado por encima de los seres humanos de carne y hueso, sino las relaciones económicas y comerciales que se dan entre estos todos los días. Y cada vez que compramos un bien o pagamos un servicio se pone en movimiento.

Aún hay muchas víctimas del prejuicio según el cual una economía de mercado es una economía individualista o egoísta en sentido peyorativo. Es una crítica moral. Pero dejando de lado el sentido peyorativo, simplemente es cierto que los individuos en el mercado, en las relaciones de mercado, las personas jurídicas incluidas, actúan para lograr sus objetivos individuales o realizar sus intereses. Es un rasgo universal del ser humano y en tanto natural, como comer o dormir, perfectamente legítimo, mientras no colisione con los derechos de los otros y respete la Constitución y las leyes.

Es un sinsentido criticar al mercado, porque “el mercado” somos todos, todos los que participamos en él desde las primeras horas de la mañana en que salimos a comprar pan, como consumidores, o como productores o distribuidores. Y no es posible renunciar al mercado, salvo si se decide vivir en una cueva como un ermitaño. Precisamente por eso el mercado es, entre otras razones, un enorme ahorro de costos de todo tipo y otros tantos beneficios, salvo que se acepte vivir en la autarquía individual, el autoabastecimiento total: desde hacerse sus propios zapatos y su propio pan y su propia ropa en base a sus propios tejidos y sus propios hilos, hasta darse su propia educación, etc. Deleznar del mercado es como hacerlo de la globalización económica. ¿Es acaso posible detener o suspender la globalización?

Nunca explican los estadistas o intervencionistas esa actitud peyorativa respecto de la economía de mercado; es un criterio como el del ciego que no quiere ver: que en todos aquellos países donde se aplica la economía de mercado, o sea los llamados países desarrollados, igual que en los países de economía social de mercado auténtica -como Alemania- no sólo declarada en la Constitución, viven mucho mejor y más civilizadamente que en los países llamados subdesarrollados, o en vías de desarrollo. Y el subdesarrollo se manifiesta, desde el punto de vista económico, por la incapacidad de superar el mercantilismo y el intervencionismo estatal y desarrollar

una economía moderna, una economía de mercado. Basta con pensar en Cuba y Venezuela, porque, aunque Argentina no sea una dictadura, subyace el mismo principio: menor, mayor o total intervención del Estado en la vida económica de un país.

Como el sistema de producción o creación de riqueza capitalista es más eficiente que otro tipo de economías y las sociedades desarrolladas son ricas o mucho más acomodadas económicamente que en los países no desarrollados, es allí donde se puede proteger mejor a los más desfavorecidos, a los más pobres, precisamente porque hay una economía sólida, una economía que permite objetivamente una distribución más benéfica que en las redistribuciones mercantilistas o estatistas o pre modernas que caracterizan el Tercer Mundo y los países subdesarrollados llenas de buenas intenciones que por sí solas no sirven. Por tratarse solo de buenas intenciones, más bien mantienen o aumentan la pobreza. Redistribución sin aumento de producción es quitar a unos y dar a otros. El Estado queda muy bien con el dinero ajeno.

La economía de mercado, en sentido estricto, es una economía social, tan social como el sistema democrático que defiende el individuo y la persona humana y que no por ello está contra lo social y por eso es que Ludwig Erhard sostenía que la economía de mercado, en sentido estricto, no necesitaba hacerse social, porque es intrínsecamente social. El sistema democrático que defiende a la persona, al individuo, a la persona humana no es antisocial, porque la sociedad es simplemente el conjunto de los individuos concretos. Sociedad es un término, un concepto abstracto o general. Lo que hay efectivamente son seres humanos de carne y hueso que la conforman. En términos estrictos, no existe sociedad sino individuos que se relacionan y esas relaciones entre los individuos precisamente hacen posible el mercado. (Fernández Riquelme, 2012).

Sin embargo, Müller prefirió seguir usando el término economía “social” de mercado, porque después de la Segunda Guerra Mundial, Alemania estaba en bancarrota económica y se necesitaba un aliciente político y el término economía social de mercado es un término que tranquiliza a la población. En esa época ya se había desarrollado desde hacía un siglo la ideología y propaganda anticapitalista y se había extendido el prejuicio contra el sistema de economía de mercado como contra

el comunismo. Era mejor entonces hablar de “economía social de mercado” porque eso sonaba política y socialmente más “correcto”, más “humano”, más digerible que hablar de economía de mercado a secas (aunque, como se dijo, es el mismo sistema salvo la diferencia de criterio en cuanto a la redistribución) que todos asociaban al sistema capitalista que había sido rechazado desde la mitad del siglo XIX cuando aparecen las ideas socialistas, el marxismo, el comunismo, el anarquismo, etc. Entonces, las razones por las cuales el término economía social de mercado se han mantenido, no son razones estrictamente económicas sino más bien razones políticas o programáticas o simplemente demagógicas, pero que funcionaron por lo menos en esos países como Alemania y Austria desde que Otto Von Bismarck (1815-1889) las implementó inicialmente en Alemania con la creación de la “seguridad social”. Fue relativamente exitosa en ese momento, por el menor promedio de vida de la gente en relación a nuestra época, por el menor número de asegurados y la organización prusiana. Actualmente ese sistema en el Perú está a punto de colapsar y se ha convertido en un sistema de inseguridad, de burocratización y corrupción. Si el Estado es mal administrador en general, en nuestro país eso ha llegado a la caricatura y al fiasco total con el gobierno que acaba de interrumpirse (2022).

El origen de la confusión, malentendidos y controversia sobre economía social de mercado se deben en buena parte a que en los países que adoptan nominalmente el término “social de mercado” paradójicamente se refieren al Estado y no estrictamente a “lo social” ni a la “sociedad civil” compuesta por los ciudadanos concretos que no tienen poder político o cargos públicos siendo su participación como productores o consumidores que es precisamente opuesto o distinto a la “sociedad política” (el Estado), es decir los funcionarios y autoridades que se encargan de la gestión pública. Lo “social” es diferente y opuesto a lo “estatal”, pero se les funde y confunde ingenua o maliciosamente. Pero se llama “social” a lo que es puramente estatal. Se llama “social” cuando en realidad no emana realmente de la vida de la sociedad sino del Estado o el gobierno que lo dirige, todo lo contrario.

El régimen económico de Economía Social de Mercado, contenido en la Constitución Política del Estado de 1993, es definido por Marcial Rubio Correa⁹

⁹ Marcial Rubio, rector de la PUCP entre el 2009 y el 2018, hizo todos sus estudios universitarios en la Universidad: de 1965 a 1966 en la Facultad de Letras y 1967-1971 en la Facultad de Derecho. En marzo de 1972 obtuvo su grado de bachiller y, en agosto del mismo año, su título de abogado. Realizó

como aquella clase de economía “que se regula por la oferta y la demanda, en la que los bienes y servicios circulan libremente en la medida que se demande su consumo”. El Estado Peruano se hace cargo de determinados sectores como son Justicia, Educación, Salud, Seguridad, Infraestructura, Promoción del Empleo, sin embargo, no tiene por qué entenderse como un permiso para intervenir en la vida económica, salvo para promover o facilitar el libre desenvolvimiento de la libre competencia. Los precios no los regula el Estado sino la oferta y la demanda, y los bienes y servicios circulan libremente y quien decide es el consumidor. Con la citada definición de Marcial Rubio, que no es la de un liberal sino la de un jurista objetivo, el Perú no parece un país de “economía social de mercado”, a pesar de la denominación contenida en la Constitución peruana. El mercantilismo y el intervencionismo aún dominan esta región.

Otras condiciones fundamentales de una economía de mercado son la libertad, la dignidad, igualdad ante la ley, igualdad de derechos, la no discriminación, el respeto a la propiedad privada, sin embargo, lo que se tiene es intervencionismo y mercantilismo económico. No somos una sociedad de mercado, una economía capitalista. El Estado interviene demasiado y es muy ineficiente para cumplir con las funciones en las que sí debe intervenir. Salvo la discutible “promoción del empleo” cuya pertinencia se tiene que dar en su aplicación práctica económica y política, pues, puede ser aplicada bajo una concepción intervencionista y populista y puede ser socialmente antieconómica. El estado da demasiado empleo por conveniencia a través de los políticos que llegan al gobierno y tienen que agradecer a sus electores. Esa es la única “promoción del empleo” realmente existente.

Como el Estado no produce nada, no está en capacidad de dar empleo fuera del Estado mismo, entonces es necesario que señale explícitamente en qué consiste su política de “promoción del empleo” y de donde saldrá el dinero para financiarlo. Si el empleo solo puede salir de las actividades de producción, de creación de riqueza ¿cómo es que el Estado “promueve” el empleo? ¿haciendo qué? Hay que promover la producción, la creación de riqueza y habrá más empleo, no al revés.

sus estudios de magíster en Derecho con mención en Derecho Civil entre los años 1987 y 1988 y obtuvo el grado respectivo en 1989. Sus estudios de doctorado en Derecho fueron realizados entre 1995 y 1997. Obtuvo el grado de doctor en octubre de 1997. Fuente: portal PUCP.

No podemos dejar de tener en cuenta el análisis costo-beneficio aquí. Un Estado moderno no implementa políticas anti económicas porque son socialmente perjudiciales a mediano o largo plazo. Aunque éstas provengan de ideas bien intencionadas, bajo la concepción de “justicia social”, según la cual el Estado se reserva cierto rol social para equiparar a los económica y socialmente desprotegidos brindándoles las mismas oportunidades, tal como lo haría un padre con sus hijos. Aquí debemos observar la implementación concreta de “justicia social” por parte del Estado, que debe tener en cuenta que el intervencionismo, el mercantilismo, son nefastos económica y socialmente. Pero si “justicia social” es expropiar a unos para dar a otros, porque el Estado no produce riqueza, entonces la “justicia social” es una forma de violación de la propiedad privada en forma de tributo. El altruismo o el asistencialismo son amorales si se practican y obligan a practicarse a través de la privación de la propiedad legitimada que son los impuestos abusivos.

La reclamada igualdad también es ambigua y parece entenderse como la igualdad de todos los seres humanos, - como si fuéramos iguales-, que se confunde con la igualdad democrática de todos los ciudadanos ante el derecho (no sólo ante la ley). No que todos los seres humanos lleguemos, o debamos llegar, a ser completamente iguales -como más de uno parece creer- sino a algo posible, si se alcanza cierto grado de civilización: menos discriminación sexual, racial, ideológica, religiosa, por ejemplo. Pero eso no se logra, creemos, mediante artículos constitucionales o normas legales, sino mediante las inversiones, la producción y creación de riqueza en base a la libertad, a la supresión de barreras burocráticas.

2.2.1. Ambigüedad de la expresión economía social de mercado

La expresión economía social de mercado es una expresión ambigua, porque en su origen era simplemente una idea programática económica que se aplicó en la República Federal de Alemania y en Austria. Y ahí mismo se reconocía que era un concepto de multi-entendimiento en la discusión. Significa que el término economía social de mercado tiene diversas interpretaciones y decimos que en su origen tiene ese carácter programático, porque los que lo usaron no intentaron o intentaron sin éxito, definirla de manera precisa, de manera clara y distinta, como pedía Descartes, sino más bien como si el término fuera de sentido abierto y creo que eso debemos entender cuando leemos el término “multi entendimiento”.

Pero ese multi-entendimiento, si lo hubo, solo es cierto en la discusión teórica, no en la experiencia práctica de una “economía social de mercado” que es, fundamentalmente, la economía alemana y austriaca, aunque es también, o fue, la política social demócrata en otros países. Allí estuvo siempre claro que el término “social” se refería a las actividades del Estado a favor de los pobres o desvalidos que ahora son el 33% de la población en nuestro país, pero no que mezclaran la economía política capitalista o de mercado con una política económica socialista que no es más que estatismo puro y el intervencionismo y el estatismo es incompatible con una economía libre.

Pero a la vez parecía estar claro que, por más “social” que fuera o pretendiera ser la política económica alemana, eso no iba a afectar el modo de producción económica o de creación y comercialización de riqueza que era y es el capitalismo o economía de mercado, pero que intenta equilibrar la “desigualdad social” con un programa redistributivo que, como todas las re-distribuciones, consiste en obligar legalmente a los que pueden, a dar parte de su trabajo a los que menos tienen a través de impuestos.

Es una violación al derecho de propiedad, otra condición *sine qua non* de una genuina economía de mercado. Y ya vamos viendo como hay más de una condición esencial de una verdadera economía de mercado que no se cumple en nuestra realidad. Pero una cosa es la discusión teórica ideológica o política y otra la realidad efectiva. La diferencia está en que los países desarrollados que han adoptado la economía social de mercado, la intervención del Estado tiene límites claros y precisos. No pueden y no van contra la economía de mercado, sin producir, por ejemplo, una inflación peligrosa a mediano plazo a través de la emisión de moneda sin respaldo, devaluando la moneda, encareciendo los precios, retrayendo la demanda y empobreciendo a toda la sociedad, especialmente a los más pobres.

Es en su origen una expresión (“social de mercado”) una idea directiva de política gubernamental, sobre todo en Alemania, entre los años 1949, 1962 y después entre 1966 y 1998. Y ni siquiera en esa época se había aceptado cien por ciento el concepto que había difundido el líder alemán Ludwig Erhard. Algunos aceptaban en la teoría o en la discusión académica unas condiciones de lo que era la economía

social de mercado. No había, y no hay y probablemente no habrá un acuerdo o consenso definitivo al respecto. Entonces era simplemente, como habíamos dicho, un programa de política económica, es decir, de política monetaria, y fiscal de la República Federal Alemana y luego también de la República Democrática Alemana, cuando se produjo la unificación. Su economía es una economía de mercado, no una economía mixta, por ser “social”, porque social no quiere decir “mixto”. Alude a una política redistributiva y a la mayor intervención estatal.

Pero, en nuestra realidad, el hecho de ser programática significa que es simplemente un ideal a realizar, genérico, incluso vago, impreciso, una especie de deseo, que puede o no cumplirse, pero nunca un concepto claro y distinto o consensual, donde la claridad implica que se consideren todos los elementos necesarios y distinta: que esa definición no dé lugar a confusiones. Nada de esto se cumple con el concepto de economía social de mercado en nuestro país, donde se cree que somos una sociedad capitalista, una economía de mercado y que todo se reduce a una redistribución cada vez menos adecuada.

Pero tenemos que esclarecer este punto en la medida en que pareciera que lo que se plantea es un tercer modelo, una tercera vía que se intentó repetir en los países mercantilistas o intervencionistas de manera más bien mecánica y superficial, como ha ocurrido con muchos otros asuntos. Muchos líderes y gobernantes, incluso partidos, abogan en el Perú por un sistema no comunista y no capitalista. Pero en términos económicos, eso no es posible, salvo que se esté pensando en esas economías concretas, las nuestras, que han demostrado largamente en el siglo pasado y en el presente a donde nos llevan. Porque aún en el sistema alemán y el sistema austriaco, que son los modelos de economía “social de mercado”, la economía o la producción o creación económica, el proceso comercial y monetario no se diferencian cualitativamente del modelo de economía “de mercado” a secas.

Es decir, no hay diferencia entre economía social de mercado y economía de mercado, salvo en lo referente a la política redistributiva que ya no es parte intrínseca del modo de producción económica, de la inversión, de la producción y distribución propia de la economía de mercado. Los mecanismos redistributivos económicos ya no son parte del proceso de producción y de creación económica, que sólo pueden

ser posibles a partir de la interrelación de las personas, de los individuos concretos en cada nación, donde el Estado interviene en seguridad, sistema de justicia, salud, y educación, pero no mucho más.

El Estado debe partir de un rol limitado que permita y garantice la libertad económica, la libre competencia, no interviniendo para distorsionarla. Y descartar la planificación económica centralizada, donde el estado asume un rol de dirección, cuyas consecuencias y limitaciones examinamos en este trabajo. Lo cual no significa que el Estado no pueda dar leyes que inciden o afectan la vida económica sin que obstruya, bloquee o burocratice el fluir libre del mercado.

2.2.2. Disparidad del régimen contenido en la constitución política del estado de 1993 y la realidad económica

Con el gobierno dictatorial de Fujimori se dio un viraje en el régimen económico constitucional a partir de la Constitución Política de 1993 con el objetivo de que el Estado dejara de ser un Estado proteccionista en lo económico (por lo menos en la primera etapa del gobierno de Alberto Fujimori, cuando era ministro de economía Carlos Boloña Behr) y cede la participación en la actividad económica del país al sector privado. El problema no estuvo en la privatización o en la desregulación - medida económica correcta en principio- sino en que la ganancia de dicha privatización -venta de 250 empresas estatales- fue a los bolsillos de la corrupción estatal fujimorista (Quiroz, 2013).

Es precisamente para que el régimen constitucional de economía de mercado sea algo más que una mera declaración que en la Constitución Política del Estado se consagran principios, o pilares sobre los que deberían asentarse todas las acciones de los participantes del mercado, incluido por supuesto el Estado; y que la rueda de la economía funcione sin vicios ni intervenciones que distorsionen y generan caos y crisis económicas. Si solo consideramos teóricamente estos principios (otra cosa distinta es la realidad económica realmente existente) es decir, si sólo los consideramos en abstracto, como modelos ideales, sin pensar por el momento en casos específicos, estos pueden ser los siguientes:

2.2.3. Principios de la economía social de mercado en la constitución política del estado peruano de 1993

La explicación de los principios que se aluden en este subtítulo, no se refieren a ningún caso concreto, son teóricos o abstractos, sin embargo, nos permite obtener por contraste una visión de nuestra verdadera realidad económica y la verdadera distancia del modelo constitucional.

2.2.3.1. Libre competencia

Uno de los principios más relevantes para esta investigación, es el de Libre Competencia vinculado a la Regulación de los Monopolios. El Estado debiera funcionar como un regulador asegurándose que las empresas compitan en un ambiente de igualdad, sin privilegios y favoritismos combatiendo la competencia desleal y el monopolio “legal”, es decir, el creado por ciertas normas estatales que le permiten a un solo privado, o a un grupo de ellos, acaparar el mercado de un bien o servicio sin competir, simplemente como un privilegio en el más puro mercantilismo, que es incompatible con una economía de libre competencia. El mercantilismo no será posible sin autoridades públicas que “colaboren” con los mercantilistas.

Competir es ofrecer un mejor producto a un precio más razonable que el resto de competidores y nadie debe ser impedido, cualquiera sea la forma, de intervenir en esta competencia. Pero, en ciertos casos, no se condena el monopolio privado de las personas naturales o jurídicas, muy vinculado más bien a la libre competencia, cuando este tipo de monopolio es consecuencia más bien de la libre competencia y, en cierta forma, su consagración. El que una empresa haya acaparado el mercado por ofrecer un buen producto y a un precio atractivo para el comprador que lo ha premiado con su preferencia, es beneficioso socialmente y es un caso de monopolio. Beneficioso para el consumidor que así puede obtener el mejor producto al mejor precio. Y ni el empresario monopolista “natural” ni nadie han impedido la libre competencia.

Para definir libre competencia y monopolio, es preciso analizar cómo se llega a dichos estados, el de monopolio y el de libre competencia. No basta

con definirlos, porque no son, como lo explica (Huerta de Soto J., 2016) situaciones invariables, inamovibles y que puedan etiquetarse simplemente por el resultado final, sino que dependerá del proceso por el cual se llega a estos dos estados lo que determine su correcto funcionamiento en el mercado. La competencia no es realmente libre cuando hay empresarios y empresas asociados al poder político por conveniencias mutuas, en base a privilegios, prebendas, exoneraciones, preferencias, etc. La competencia es libre cuando cualquiera puede competir en el mercado sin exclusiones, restricciones o discriminaciones o desigualdades ante la ley: los privilegios.

Huerta de Soto señala que las normas sobre competencia, competencia desleal y libre competencia, especialmente las sancionadoras, se sustentan en un “concepto errado de la competencia como situación” (Huerta de Soto J., 2016), basado en el modelo de “competencia perfecta”, un modelo matemático estático en él que se mide el mercado como en un fotograma, en el que para que se cumplan las reglas de la competencia perfecta basta que exista una multitud de proveedores que ofrecen el mismo bien o servicio, al mismo precio.

Y la oferta guarda un equilibrio perfecto con la demanda en los esquemas, en las curvas y en las estadísticas abstractas y estáticas, es decir en los modelos, que siempre son mentales, no reales. Y cómo esos modelos se comparan con la realidad y la realidad está lejos de ser perfecta como los modelos, entonces se habla de las “fallas del mercado”. Y cómo son fallas alguien tiene que solucionarlas y ellos descartan que sea el propio mercado: no queda más que el Estado quién, no se sabe por qué milagro, va a resolver el problema que el mercado no puede, sus “fallas”.

Sin embargo, el problema, “las fallas”, examinado en sus cuatro manifestaciones sólo lo es porque la realidad económica concreta del mercado no corresponde a los cuadros y estadísticas y curvas y algoritmos del “equilibrio perfecto”, del equilibrio estático y abstracto, el llamado “equilibrio general”. No solo la economía sino la vida humana entera es un constante desequilibrio, eso es lo normal. ¿Dónde y cuándo se da el llamado “equilibrio general” en la realidad concreta?.

Según Huerta de Soto, el resultado de un incorrecto concepto de competencia (la competencia, asegura él, es un fenómeno dinámico y concreto, no estático y abstracto) produce “una determinación errada de la existencia de un monopolio en el mercado”: Monopolio u oligopolio deben ser sancionados, porque 1) si este productor vende a un precio más alto está incurriendo en un abuso del consumidor; 2) si venden todos al mismo precio, es una concertación de precios; y 3) si venden por debajo del costo, es una política de dumping predatorio.

Entonces, bajo esta noción de libre competencia como situación estática, ningún monopolio es lícito, salvo el estatal, cuando es éste el único realmente nocivo económicamente.

Pero si aceptamos la noción de libre competencia y monopolio de la Escuela Austriaca, entenderemos, que la competencia no es una situación, no es un momento inmóvil y abstracto, es al contrario un proceso dinámico y viviente en el que se verifica que existe libre competencia cuando una infinidad de empresarios tengan oportunidades de entrar en ella, rivalizar aprovechando de situaciones u oportunidades antes que sus demás competidores. Y partiendo del mercado, partiendo de esa noción de libre competencia sólo se consideraría monopolio ilegítimo el caso en que un actor, o actores del sector empresarial, se les imposibilite acceder a ese mercado por mandato de la fuerza del Estado, limitando su libertad de acceso a ese o cualquier proceso empresarial. En esta línea, lo relevante no sería si existe un monopolio, lo que debe verificarse es la intervención del Estado, y si no la hubo, ese monopolio sería lícito, y si lo hubo, si sería un monopolio condenable por destruir la libre competencia y por tanto la igualdad ante la ley. Por eso no basta una correcta política económica, aunque sea indispensable.

2.2.3.2. Iniciativa privada libre

Sin embargo, el problema, “las fallas”, examinado en sus cuatro manifestaciones sólo lo es porque la realidad económica concreta del mercado

no corresponde a los cuadros y estadísticas y curvas y algoritmos del “equilibrio perfecto”, del equilibrio estático y abstracto, el llamado “equilibrio general”. No solo la economía sino la vida humana entera es un constante desequilibrio, eso es lo normal. ¿Dónde y cuándo se da el llamado “equilibrio general” en la realidad concreta?

Reconoce a los ciudadanos el derecho de realizar cualquier tipo de actividad comercial o, como los denominamos ahora, emprendimientos, con el único límite de no infringir ninguna ley, y menos la Constitución. En el marco de este principio el Estado aboga por que haya cada vez más empresas y estas sean libres, reservándose para sí, como ya se mencionó, la potestad de participar en determinados sectores, siempre que no sean contraproducentes o incompatibles con una genuina economía de libre mercado, basada en la libre competencia, la apertura al mercado nacional y global, impuestos bien justificados, reducción del gasto público y la burocracia estatal, desaparición del mercantilismo, eliminación del populismo político, etc.

Por eso en el mercantilismo, en la medida que el empresario entre en componendas con el gobierno o los políticos para obtener ventajas, no hay libre competencia sino privilegios. Eso no es una economía de mercado sino lo contrario de ella, porque ésta es por definición anti intervencionista, anti mercantilista, anti populista en economía, si bien las realidades concretas y vivas son más complejas y matizadas que el modelo siempre abstracto.

Que en Europa e incluso en los EE.UU. por presiones del Estado de Bienestar, hayan roto con su tradición económica capitalista y no intervencionista, para comenzar a parecerse a los países de otros mundos, no demuestra los defectos del sistema capitalista, sino las consecuencias de la adopción de medidas anticapitalistas, claramente anti económicas, sin embargo muy populares o muy “sociales”, pero que han comenzado a acumular problemas económicos sin resolver y sin solución a la vista en occidente.

La iniciativa privada libre es una condición de la economía de mercado, que muestra a todas luces la inseparabilidad de lo económico y lo

político. La libertad económica es una expresión de la libertad política, cuando no hay impedimento para competir en el mercado y no hay preferencias, ni privilegios, ni subvenciones, ni ayudas porque alguien tiene que pagarlas y ese no será el Estado, que no produce ninguna riqueza ni debe producirla, sino el sector privado a través de los impuestos (que tendrá que pagarlos el empresario y el ciudadano) de nefastas consecuencias, que no resuelven el problema de fondo: mayor producción de riqueza, más facilidad y cantidad de transacciones, de contratos, más movimiento económico, más inversión sin temores porque eso mejora la situación de todos.

Tal vez una política económica adecuada -una economía de mercado- deba acompañarse de un trabajo educativo con más énfasis en el valor de la libertad y el sentido de individualidad. La iniciativa privada libre es la condición de la libre competencia sin intervencionismo, que caracteriza la economía de mercado y se expresa en la libertad de hacer empresa, contratar, producir, crear. Y es ella la que la posibilita, la que la hace posible.

2.2.3.3. Libertad de contratar

Otro principio muy importante dentro de la economía de mercado es el de Libertad de Contratar, es decir que el Estado garantiza que las partes - los individuos- puedan contratar libremente sin su intervención, pactar sus propios términos contractuales, limitando este derecho solamente a que la contratación no infrinja la constitución ni las normas legales y eso no significa que el Estado no cree normas para regular los contratos, pero no lo hace por intervencionismo (bloqueos, trabas burocráticas) sino para hacer posible una adecuada forma de ahorrar costos de transacción a los contratantes, por eso es lícito.

La principal razón de la existencia del contrato, como afirma Alfredo Bullard, es mejorar la vida. Mientras más contratos se realizan en una sociedad hay más movimiento económico y más riqueza, porque en un contrato ambas partes ganan (Bullard, 2011): Quien compra una casa va estar mejor cuando sea propietario de dicha casa, y el vendedor estará mejor con el dinero que recibe como pago por dicha casa, sino no vendería. Pero esta

institución supone seres libres en condiciones de igualdad ante el derecho y un sistema judicial que lo garantice. Lo que convierte a los contratos en una institución moderna. El contrato es la semilla esencial del derecho moderno, porque promueve el desarrollo de la economía de mercado y la constituye, como ninguna otra institución jurídica lo hace.

Los contratos solo fueron posibles a partir del Renacimiento. En la sociedad medieval, la falta de libertad y el dominio de la Iglesia, la Teología y la feudalidad lo menospreciaron, como menospreciaron el comercio, los negocios, el dinero, etc., como actividades pecaminosas propias del pueblo judío, enemigo de Cristo.

Pero con el desarrollo del mercado y el comercio gracias a la libertad de la cual es causa y consecuencia se desarrolla la autonomía de la voluntad que está en la base de los contratos, y el concepto de dignidad que es su fundamento, con Pico de la Mirándola que sostuvo en el Renacimiento que el ser humano es dueño de su destino y que Dios había hecho libre y responsable al hombre (Savater, 2021) Y con ello un poco más tarde, por primera vez en la historia del derecho, Hugo Grocio crea el derecho subjetivo, como lo anota (Gheri E. , 2016) ¿Cómo no van a ser importantes los contratos si están en la base del desarrollo de las fuerzas económicas, el mercado, la industria y el comercio mundial?

La pregunta es particularmente relevante cuando nos referimos al régimen jurídico contractual porque éste es uno de los principales elementos de construcción de una sociedad libre, ya que constituye la expresión misma de esa libertad individual que está –o debiera estar– en el origen del acuerdo social (...)

Una sociedad libre y moderna no toma como base a la sociedad y desde ahí parte para construir una noción de hombre sino, por el contrario, parte del hombre mismo, de usted, de mí, de cada una de las personas que nos rodean consideradas en tanto que cada una de ellas es el asiento de la libertad. En última instancia y sin perjuicio de la importancia enorme de la interacción social para el desarrollo del

individuo, no cabe duda de que el hombre es una unidad en sí mismo: nacemos solos y morimos solos. Podemos acercarnos enormemente a la intimidad de dos personas, pero ello no quita que ambas son dos personas distintas y que cada una de ellas se reconoce como tal dentro de la relación. (Trazegnies Granda, 2004)

Se sobreentiende, ahora, que los contratantes son seres libres y autónomos y que la palabra revelada de Dios dejaba de ser el fundamento jurídico esencial, y que lo que lo reemplaza es la razón humana. Lo único que quedaba, una vez que Dios es reemplazado como fundamento jurídico esencial de la vida jurídica en occidente moderno. Y es la razón humana, es decir, la conveniencia de los contratantes, lo que genera la conveniencia o necesidad de cumplirlos por propio interés. El principio del *Pacta Sum Servanda*¹⁰ marca el cambio de época de la sociedad medieval a la sociedad moderna. Había que aplicar la inteligencia, en primer lugar, generar confianza intersubjetiva pues ya no había Dios que garantice los acuerdos entre los hombres, solo quedaba la confianza interhumana en su cumplimiento, la razonable necesidad del respeto de la palabra empeñada, no por razones de bondad o deber moral sino por conveniencia, por inteligencia; los contratos, dice Alfredo Bullard, mejoran la vida. “Siempre hay una mejora de vida con cada contrato y mientras más contratos más movimiento económico”. Perder tiempo y crédito social por incumplimiento o ganarlo por respeto de la palabra empeñada, es decisivo en la marcha de las empresas y negocios.” (Bullard, 2016)

Por las razones anteriores en el Derecho moderno el contrato es la piedra angular, y por eso tiene fuerza de ley entre las partes, está hecho de piedra, y solo puede ser modificado por ellas mismas o, si existiera algún conflicto, será a través del Poder Judicial o los medios alternativos de solución de conflictos conforme las partes lo hayan pactado, quien los resuelva. Aquí

¹⁰ “Principio general según el cual se debe respetar, conforme al principio de buena fe, lo dispuesto en un tratado internacional. Principio recogido en las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, y sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986.” Fuente: Diccionario Panhispánico Jurídico.

se consagra también la “seguridad jurídica”, es decir la garantía que el Estado no intervendrá en el sector privado, limitando la libre contratación, ni cambiando con normas el contenido de un contrato suscrito por las partes. No es una condición jurídico política poco relevante, se juega la libertad del ciudadano frente al poder del estado, y se juega la democracia como sistema real y efectivo cuyo fin supremo es la persona humana y no el estado o la sociedad.

Es decir, si adoptamos los principios filosóficos que conducen a una sociedad liberal y a una economía de mercado, el orden jurídico no puede, bajo el pretexto de que la obligatoriedad del contrato proviene de la ley, interferir en la formación de la voluntad de las partes, distorsionar la forma como los contratantes perciben sus ventajas y costos y sustituirse a las partes en interpretaciones derivadas presuntamente no de lo que realmente quisieron y expresaron las partes sino de lo que debían haber querido para que el contrato fuera justo o equitativo. (Trazegnies Granda, 2004).

¿Por qué debe haber derecho contractual? ¿Por qué deben regularse las relaciones contractuales, aún con normas dispositivas, y no dejar a los contratantes que acuerden libremente? (Bullard, 2016). Por razones de costos responde Alfredo Bullard en una conferencia: porque tendríamos que pactar en cada contrato todos los detalles del negocio y cada cláusula sería motivo de minuciosa negociación y eso sería muy costoso. Hay que pagar más a los abogados, etc. Si no hubiera regulación contractual, el contratante que tuviera que cumplir en segundo lugar estaría en ventaja estratégica sobre el que cumplió en primer lugar, ya que aquel no tiene un incentivo suficiente para cumplir ya que el primero ya cumplió. Tiene que haber algo que haga obligatorio el cumplimiento del segundo lugar y que compense o equilibre su ventaja estratégica: una norma jurídica. Para eso el derecho puede ser gran aliado de la economía moderna.

Si no hubiera derecho contractual no se podría evitar que se produzca la ventaja estratégica del que cumple en segundo lugar, porque no tendría el

incentivo para cumplir si el otro contratante ya cumplió con él. El abogado ayuda a reducir los costos de transacción, aunque el mismo también es parte del costo de transacción porque no trabaja gratuitamente, como advierte nuestro jurista parafraseado. El cumplimiento o incumplimiento es siempre racional en el sentido de medios adecuados a ciertos fines, cualesquiera que fueran. Las reglas de un contrato se pueden pactar en contrario, la mayoría son dispositivas, son necesarias porque ahorran costos de transacción a los contratantes estandarizando lo que haya que estandarizar, simplificar, abaratar costos, lo que incentiva las transacciones que favorecen la vida económica de un país, enriqueciéndose más mientras mayor sea su número.

2.2.3.4. Regulación de los Monopolios

Entendemos el monopolio como la situación por la cual un solo productor de un bien o servicio domina exclusivamente el mercado, sosteniendo que existen por lo menos 3 formas de monopolio: en primer lugar, el llamado monopolio “natural” o inevitable que es el de los servicios públicos (como Sedapar, el servicio eléctrico, etc.) porque la competencia, es decir, la intervención de otras empresas encarecería enormemente los costos. Sin embargo, la empresa monopólica “natural” tiene que ser tan eficiente como cualquier empresa: ofrecer un buen servicio a un precio razonable. Y el estado debe encargarse de bien fiscalizarlo, lo cual es imposible de garantizarlo si en el país no hay hábito social de cumplimiento de normas.

Pero además de monopolio “natural” hay monopolio privado y hay monopolio estatal o legal: este último es un privilegio, como otros típicos del mercantilismo, que hace inexistente o imposible una economía de libre competencia, de libre mercado, y es por ello que, en este caso, el peruano, no se puede hablar de capitalismo propiamente sino de mercantilismo económico: que es la indebida asociación entre el poder político y el económico para sacar ventajas mutuas. Lo que impide una economía de mercado que requiere libre competencia e igualdad ante la ley efectiva y más aún si se despreocupa de la inversión y la producción y se dedica a conceder subsidios bonos, prebendas, subir los impuestos “a los más ricos” para dárselo a los pobres, sin medir las consecuencias, aunque la economía se vaya al

diablo, como en Venezuela, Cuba, o Argentina donde solo la pasan bien los políticos.

Así funciona este sistema, buscar la máxima ganancia no es antijurídico ni ilícito, ni antiético ni inmoral o perjudicial socialmente, lo que se demuestra en las economías modernas o capitalistas, incluida la alemana.

No hay manera de que el empresario saque ventaja del consumidor, si éste no se beneficia con un buen producto a un precio razonable, a su vez, sacando tanta ventaja como el empresario o productor. Hay colaboración objetiva entre ambos, que es lo que finalmente importa por eso no son importantes las motivaciones subjetivas del que compra y del que vende, lo importante es que saquen adelante la transacción, que ganen los dos, como toda transacción que se realiza en el mercado: y ganan los dos. El que vende valora más el dinero del comprador y éste valora más el producto que compra, que el precio en dinero que paga, como habíamos señalado.

Así funciona realmente el sistema, pero los criterios valorativos sobre él varían hasta llegar a ser opuestos. Y se le puede ver también, como muchos enemigos del capitalismo, moralmente, como en este caso, incluso cristianamente: el capitalismo es inmoral, egoísta, competidor, explotador, injusto, etc. El capitalismo es competencia, claro que lo es, pero a condición de que ésta sea libre y a partir de ciertas reglas que todos respeten por interés propio y no por caridad o altruismo. El altruismo es voluntario, no puede ser obligatorio, como los impuestos. Esa libre competencia no autoriza a violar las normas constitucionales o legales, ni mucho menos. La libre competencia no es ni puede ser inconstitucional ni ilegal. Lo que es delito debe ser sancionado, pero no la libre competencia, ni los monopolios privados, indiscriminadamente. Esto, después de poner en práctica ciertas condiciones que ya habíamos mencionado cuando comentábamos las ideas respectivas (Huerta de Soto, 2009).

Por eso el rechazo al capitalismo es rechazo al orden jurídico y a los valores que lo sostienen y no solo a la economía capitalista en abstracto porque son esos valores que coadyuvan o hacen posible esa economía

capitalista, y la generación de riqueza, que pueden hacer posibles otros deseos y otras metas humanas, como la disminución de la pobreza. ¿Y qué alternativa ofrecen los anti capitalistas? Respuesta: En el mejor caso, en el Perú, la economía “social de mercado”, que no es ni social ni de mercado, como tratamos de hacer ver en este trabajo solo una declaración.

Lamentablemente, la realidad económica no adopta sumisamente lo que la constitución señala, dispone o programa. No es mágica. Sin economía de mercado, no hay economía social de mercado, a pesar de la Constitución. La letra de la Constitución no puede cambiar la economía sino se adoptan medidas como la disminución significativa del gasto público, la burocratización, los impuestos desincentivadores, la incentivación de la producción y de la inversión, el fin de los bonos, subvenciones, privilegios mercantilistas o estatistas.

Y ya conocemos todas las alternativas al capitalismo, a la economía de mercado: el estatismo civil o militar, la dictadura civil o militar, los diversos y extendidos intervencionismos y estatismos. La prédica anti capitalista, sin embargo, ha calado hondo y extenso en la cultura popular y en el mundo académico peruano (y no solo peruano). Sin embargo, en las sociedades llamadas desarrolladas de economía de mercado o de economía social de mercado, el sistema económico, el modo de producción o creación de riqueza predominante es, o fue en su mejor momento, el capitalismo, el libre mercado, la libre competencia, sin intervencionismo estatal ni mercantilismo como modelo predominante.

Aunque en la vida humana no hay pureza absoluta e inmaculada, en la mente de los detractores del capitalismo, sin embargo, esta realidad es menos creíble cuando la ceguera es voluntaria: la ideología anticapitalista que se ha extendido hasta contagiar la negativa percepción pública de dicha economía no puede explicar por qué los países más estatistas como Cuba, Venezuela, etc., tienen tan graves problemas económicos, ni porque los países desarrollados o capitalistas están mucho mejor. Todos rechazan el sistema

capitalista y la economía de mercado en el discurso, pero millones de latinoamericanos arriesgan su libertad y hasta su vida por vivir en los Estados Unidos y especialmente por razones económicas y no en Cuba o Venezuela de las que sus habitantes, por el contrario, huyen despavoridos por millones. No tener en cuenta esta verdad es irracional. Se siente un rechazo moral -más que jurídico- en esa “lógica anti capitalista”, que solo piensa en la igualdad, aunque la pobreza sea tan alta como en los países mencionados.

El intervencionismo empobrece, porque la intervención económico estatal tiene consecuencias negativas en la economía y genera caos, cuando, por ejemplo, se entromete en los precios y ya no hay manera de contar con un criterio para orientarse en el mercado porque el precio se distorsiona, ya no resultan del libre juego de la competencia, ya que ha desaparecido justamente la libre competencia. Si el Estado interviene en los precios, ya no decide la oferta y la demanda entonces el Estado tendrá que adivinar los millones de deseos, expectativas y necesidades de los participantes en las relaciones de mercado, para poner los precios desde las alturas de la burocracia. Y eso no es posible.

¿Cómo se podría explicar el caso de la economía argentina actual, después de lo que fue desde el siglo XIX hasta casi la primera mitad del siglo XX, una potencia económica y cultural? Respuesta: por 70 años de intervencionismo y populismo, que son inseparables: uno se alimenta del otro, recíprocamente. O “Setenta años de control de precios” como se titula un video muy esclarecedor ¿Puede haber una economía de libre competencia sin una democracia genuina? ¿Puede haber un sistema democrático, sin una economía de mercado de verdad? Por las múltiples y diversas experiencias históricas en occidente, las desarrolladas y las subdesarrolladas, parece que no. El simple estatismo y el mercantilismo incentivan inevitablemente la corrupción porque generan las condiciones para ello, especialmente por la cantidad de dinero que pasa por las manos de quienes lo administran: los políticos.

Si el sistema genuinamente democrático se ha hecho para hacer

posible la libertad de los individuos y el respeto de la propiedad privada, la respuesta es no, la economía de mercado es inseparable de la democracia en todos los países que fueron o son llamados “desarrollados”. El costo del “capitalismo de estado” chino es socialmente muy alto en lo que se refiere a las limitaciones a la libertad, al autoritarismo político y al costo humano relativo al trato a la persona humana, que es deplorable. La persona humana es el principal criterio en un sistema democrático, no el estado totalitario.

Las dictaduras de Fujimori y Pinochet demostraron que se puede instaurar una política económica de mercado más o menos exitosa, contra el estatismo intervencionista; pero como el sistema de libre mercado se centra en la libertad del individuo y en la apertura económica, una dictadura -sobre todo tan dañina como la de Pinochet- no es el mejor sistema de gobierno para desarrollar plenamente una economía integralmente libre. Y por esto el pueblo chileno negó su confianza a Pinochet en el plebiscito que él mismo convocó. Y el pueblo chileno eligió la democracia, totalmente compatible con la economía de libre competencia, como parte de una sola realidad y se convirtió en el país más exitoso económicamente en América Latina: el PBI, el ingreso per cápita, el control de la inflación, el bajo índice de pobreza, no son sólo buenas noticias para los empresarios exitosos sino para toda la población. La larga conferencia de Axel Kaiser en el video que citamos anteriormente, tan plagado de datos, noticias, indicadores estadísticos pertinentes lo demuestran (Kaiser, 2023).

Hay que contrastar las opiniones económicas de izquierda y las de Jesús Huerta de Soto, que ya mencionamos en punto anterior. Pero antes habría que establecer una cuestión previa: los argumentos sobre problemas económicos tienen que ser económicos o jurídicos, que son inseparables, no morales. No estamos obligados ante la moral, que es asunto de cada uno, del fuero íntimo, pero sí ante el derecho, como ciudadanos de una República democrática. Si se rechaza en bloque el sistema capitalista: todo es negativo en el capitalismo, nada se salva. Más marxista que Marx, que, en *El Manifiesto Comunista*, llega a elogiar el capitalismo en sus aspectos innegablemente positivos. La pobreza generalizada ha sido lo normal hasta hace pocos siglos, antes de la revolución

industrial, el desarrollo del capitalismo y la economía de mercado, que en los países modernos ha mejorado enormemente la vida de la gente. Y algo que no tienen en cuenta los detractores del sistema capitalista, que hasta Marx reconoció.

La burguesía, desde su advenimiento, apenas hace un siglo, ha creado fuerza productivas más variadas y colosales que todas las generaciones pasadas tomadas en conjunto. La subyugación de las fuerzas naturales, las máquinas, la aplicación de la química a la industria y a la agricultura, la navegación a vapor, los telégrafos eléctricos, la roturación de continentes enteros, la canalización de los ríos, las poblaciones surgiendo de la tierra como por encanto ¿Qué siglo anterior había sospechado que semejantes fuerzas productivas durmieran en el seno del trabajo social? (Marx, C. y Engels, F., 2000).

Concebir un monopolio malvado que solo está “para elevarlos precios, mantenerse como monopolio utilizando medios legales y otros no tanto, comprar competidores, financiar candidatos” (Francke, 2022). Pero estas dos actividades poco éticas y antijurídicas no son inherentes a la economía de mercado, al capitalismo. No podemos achacarle a la economía de mercado la “compra de competidores” y la “financiación de candidatos”, que puede darse y se dan en cualquier tipo de formación social. “Comprar competidores” y “financiar candidatos” no es una actitud económica intrínseca y exclusiva de las sociedades de economía de mercado, que además son mucho más extendidas en otro tipo de economías.

Es mucho más típica de los países subdesarrollados o tercermundistas, intervencionistas o estatizantes en sus diversos matices, donde se incentiva la corrupción con las obras públicas que deberían ser privadas en primera instancia. Si se utilizan medios legales en la actividad económica o, mejor dicho, legítimos ¿cuál es el problema? Ninguno, por supuesto y en el caso que no se utilizaran medios legales, habría que sancionar, por supuesto Esto no tiene que ver con la economía de mercado sino con el derecho penal.

Los posibles delitos que puede cometer un empresario -o cualquier

persona- no son consecuencia de la economía de mercado ni de otro sistema económico salvo aquellos que incentivan a la corrupción mediante el intervencionismo económico, las obras públicas para dar trabajo y provocar la demanda, generar empleo y dinamizar la economía, según la nefasta fórmula keynesiana que tanto daño económico ha hecho en América Latina, es decir, creer que la demanda genera riqueza por sí misma, entonces hay que crearla a través de obras públicas para generar puestos de trabajo y posibles consumidores sólo que no ven que antes hay que producir aquello que va a ser objeto de la demanda. Antes de la demanda hay que producir los bienes y servicios respectivos y frente a eso los keynesianos no tienen respuesta incluso rechazan el ahorro que es básico para desarrollar una economía de mercado.

Si alguien delinque, un empresario, por ejemplo, no es porque el sistema capitalista sea intrínsecamente nefasto, “comprar competidores” y “financiar candidatos” es mucho más frecuente en los países pobres, es decir no capitalistas, donde la corrupción es significativamente mayor y no hay que salir del país para encontrar ejemplos muy claros de esto. Hay unos veinticinco países que llamamos “desarrollados” en el mundo, donde, en la práctica, no está confundido el capitalismo con la delincuencia y la corrupción es mínima, como Holanda o Suiza, o Suecia o Noruega o Finlandia, donde, no hay que olvidarlo, la “economía social de mercado” supone o implica la economía de mercado y en Latinoamérica Chile, hasta la llegada de Boric. Y en el Perú básicamente anticapitalista, estatista y populista, no se puede culpar al capitalismo por nuestra economía en recesión, sino a la enorme legión de mentalidades anti capitalistas y a la mentalidad mercantilista de muchos empresarios, tradicionalista y pre moderna.

El mercantilismo y el intervencionismo no son rasgos de una economía moderna sino más bien de la imposibilidad de modernizarnos económicamente, provocada, entre otras razones no menos importantes, por el rechazo ideologizado y emocional al sistema económico de libre mercado, de libre competencia, por el prejuicio anti capitalista, más propio del sentimiento moral y la pasión que del análisis y la investigación económica,

el ex ministro de economía que aludimos no hace propiamente un análisis económico del monopolio y el oligopolio, sino que denuncia a los malvados capitalistas y empresarios monopolistas y nada dice del monopolio legal o estatal que, él sí, es probadamente nefasto para la economía, si quiere ser moderna o libre y combatir eficazmente a la pobreza, reduciéndola significativamente.

Estos criterios, que no son los de Jesús Huerta de Soto, ni la de ningún economista que cree en la libre competencia y sólo rechaza el monopolio establecido mediante norma estatal, lo cual comentamos con detalle en este trabajo. El empresario privado no posee el monopolio de la fuerza, como el estado, para poder imponer un monopolio, salvo que ofrezca el mejor producto y al mejor precio del mercado. No tiene otra arma legítima. Entonces atraerá a todos los consumidores racionales, es decir, a todos los que buscan calidad y buen precio de los productos. El monopolio natural, como se le llama, no es un monopolio creado deliberadamente sino como consecuencia de la libre competencia, del precio y la calidad del producto y ello favorece al consumidor, no solo al productor monopolístico.

Mercantilismo es justamente la asociación entre el poder político y el empresario mercantilista, que en vez de competir en igualdad de condiciones con sus colegas, busca el privilegio o la prebenda, leyes con nombre propio, exoneraciones, etc., No, los empresarios no tienen cómo abusar de los consumidores, no tienen la fuerza para obligar a comprar cierto producto si el consumidor no lo quiere y puede elegir otro vendedor, otro empresario, por eso el monopolio estatal es el único verdaderamente nocivo, porque imposibilita la economía de mercado, la libre competencia, la igualdad ante la ley y abona al mercantilismo, que es lo que defienden, los enemigos del capitalismo, de los empresarios y de las empresas. Los monopolios naturales no son causa de la inflación. Las empresas más competitivas o más exitosas nos pueden sacar de apuros con mayor producción de bienes y servicios que puede compensar el exceso de emisión monetaria sin respaldo en esas dos actividades justamente y no el aumento de obra pública o intervencionismo estatal para “generar demanda”.

Otra falsa idea es que puede permanecer en el tiempo el equilibrio estático, abstracto, estadístico: la oferta perfecta y simétricamente armonizada con la demanda, sin tener en cuenta que lo que existe y se da en la vida real es el desequilibrio constante, no el equilibrio, no la perfección divina sino la imperfección humana por lo que esa idea de “equilibrio perfecto”, no es idónea, porque la vida económica, y la vida en general, no se detiene nunca porque está en constante movimiento, es intrínsecamente dinámica, por así decirlo como lo señala Jesús Huerta de Soto. La regla es el desequilibrio; la excepción el equilibrio, si fuera posible la perfección.

El proceso de competencia tiene carácter dinámico, no matemático, es una película, no un fotograma, un fenómeno de rivalidad donde no hay derechos adquiridos. Lo decisivo no es el monopolio o el oligopolio o el equilibrio en el que todos venden lo mismo y al mismo precio, en el que nadie compite. Lo decisivo, es si hay verdadero acceso libre al mercado, si se acepta la competencia o no. Libre quiere decir sin la intervención del estado como agente económico, por ejemplo en los precios, haciendo empresas, o bloqueando la vida económica, con impuestos, burocratización, haciéndola imprevisible artificialmente. La competencia como situación, modelo de equilibrio, fotograma estático, no es real. El mercado es un dinamismo. Dentro de la libre competencia el monopolista llegó a serlo sirviendo a los consumidores mejor que los otros competidores. No parece injusto, no hay violencia, hay competencia libre y el precio lo fija la preferencia del consumidor.

Teniendo en cuenta el carácter coactivo del Estado, no se le pueden asignar funciones para las que no está hecho, teniendo en cuenta su papel esencial: ejercer el monopolio de la violencia, y teniendo en cuenta que la competencia es un proceso dinámico de rivalidad y no un ideal abstracto y estático, un estado de equilibrio matematizable. El consumidor siempre busca buena calidad y buen precio. Lo que no impide que a veces sea engañado o se equivoque en su elección, es parte de la imperfección natural de los seres humanos.

2.2.3.5. Subsidiariedad

Hay una cortapisa para frenar al Estado en su intervencionismo económico, que es el principio de Subsidiariedad, por el cual el Estado no puede hacer empresa para producir bienes o prestar servicios si esta actividad no es subsidiaria, es decir, que el Estado sólo actúa cuando ningún privado la presta, o no la pueda o no quiera prestarla, y la otra condición es que esta sea de importancia o conveniencia nacional y esté aprobada por Ley expresa. En estos casos el Estado no tendrá ninguna prerrogativa especial por tratarse del Estado, y será tratado como un privado cualquiera.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que el Estado -además de ser muy mal empresario- tendrá la tarea de conducir una empresa destinada al fracaso sin ayuda del propio Estado, suponiendo honestidad estatal, es decir, que no ayudarán a su empresa si le va mal, lo cual es muy probable. Esta es una utopía tan peligrosa como la que cuesta al ciudadano que paga impuestos, el descalabro de Petro Perú es un ejemplo terrible.

¿Se trata de una situación inevitable y que el Estado no tiene más alternativa que la subsidiariedad? Tal vez, no porque se trata de una necesidad pública quiere decir que hay demanda y si es así el sector privado se enterará en primer lugar. ¿Qué tipo de empresa puede ser esa que nadie quiere emprender, es decir, que no tiene demanda? ¿Para qué producir bienes o brindar servicios estatales que nadie quiere?

La razón por la cual los empresarios no están interesados en esa producción y en esos servicios es porque no tiene incentivos, no es rentable y no es rentable porque no hay demanda. Esto puede ser moralmente reprochable, pero perfectamente lícito, lógica y racional como actitud. Nadie quiere perder, todos pensamos en nosotros mismos antes que los demás, y eso es así no solo para los empresarios sino para toda la humanidad, salvo las raras excepciones y no se puede obligar a nadie a que invierta donde se sabe de antemano que no hay demanda y por tanto que no hay posibles ganancias. Por eso la subsidiariedad no debe distorsionar el mercado. Es imposible que el estado no actúe como tal y no apoye a sus empresas, incluso de la peor manera. El caso de Talara es más que suficiente y demuestra que el

remedio siempre es y será peor que la enfermedad. El estado utilizaría esta salida (la subsidiariedad) para dar medidas populistas, es decir antieconómicas y, en consecuencia, perjudiciales socialmente, aunque muy convenientes para sus promotores. El estado no se atiene a las condiciones de subsidiariedad ya señaladas ni lo hará porque sabemos que el ejecutivo y el legislativo solo tendrán en cuenta sus conveniencias, como siempre, solo que ahora no hay ni siquiera la voluntad de disimulo sino el descaro y el cinismo.

Si el Estado hace de empresario, en las mismas condiciones que una empresa privada -si eso fuera posible- ¿cómo va a poder tener éxito en una actividad que los privados dejan de lado porque saben que no hay incentivo económico y, además, como sabemos, el estado es muy mal empresario y encima no tiene incentivos para actuar como empresario, ni capacidad técnica, ni más ni menos que los gobiernos regionales?

2.2.3.6. Informalidad económica

Como define Ghersi (Ghersi E. , 2016) una cosa es el estado legal o de legalidad, otra cosa es el Estado de Derecho. El primero es un tipo de Estado en el que la ley representa el poder, o los intereses de quien detenta el poder: “refleja el poder”, como dice nuestro jurista; el segundo es un estado donde la ley limita al poder, lo controla, que es casi como la definición de la democracia: control y limitación del poder en la idea de Karl Popper (Boloña, 1993) y que proviene de la economía clásica.

Debe distinguirse, sin embargo, entre:

Las leyes como normas generales de aplicación para todos y la legislación que, con el nombre de ley, no recoge normas de conducta sino que establece órdenes o mandatos, privilegios o licencias otorgadas por la autoridad a ciertos ciudadanos en una circunstancia determinada (...) En una país en el que, como el Perú, la “ley” se dedica más a dar órdenes que a reforzar normas de carácter universal, prosperará la desobediencia civil y se desacreditaron la autoridad y la institucionalidad, incluso, las de las leyes en sentido

estricto. Formalmente puede regir un sistema legal, pero materialmente esa legalidad está de espaldas a la esencia misma de la convivencia social (Boloña, 1993, pág. 145).

En el estado legal de derecho se dan muchísimas normas que no son cumplidas, porque el ciudadano evalúa que cumplir las leyes le sale más caro que incumplirlas y acepta las consecuencias de su incumplimiento por eso, no es el informal quien debe volverse formal porque el estado se lo ordena mediante ley, sino el estado que debe volverse menos burocrático, menos costoso, menos corrupto y elefantiásico, para incentivar al ciudadano a preferir la formalidad cuando sea menos costosa y más beneficioso cumplirla que incumplirla. Pero nuestro estado pre moderno cuasi virreinal parece que no aplica el Análisis Económico del Derecho cuando legisla, ni le interesa hacerlo.

Y dado el alto porcentaje de informalidad, la cantidad de leyes y normas es enorme: normas que no se cumplen, es decir, normas que no existen de hecho, no regulan efectivamente las conductas sociales y esta enorme cantidad de normas inexistentes contribuyen a la informalidad estatal, puesto que la gente solo cumple la ley cuando evalúa que le saldrá más barato cumplirla que no cumplirla y, cuando no, prefiere correr el riesgo de la sanción, con la esperanza de evadirla, lo cual no es imposible en el Perú sino todo lo contrario, para eso existe el soborno que agrega corrupción a la informalidad y la hace más informal aún, en colusión cívico-estatal. Tanta norma incumplida, deslegitima el sistema y desmoraliza a todos. En la creencia que, según Octavio Paz, es “herencia secular de la teología virreinal” (Paz, 1990, pág. 162) las normas, las leyes y constituciones pueden cambiar la realidad, cuando éstas son solo instrumento que depende del usuario, como podemos ver.

En la informalidad económica tratada en “El otro sendero” que la puso en el tapete y esclareció totalmente, los informales no actúan por capricho sino por cálculo racional económico, pensando siempre en lo que los beneficia más y lo que les cuesta menos. Formalizarse económicamente en el

Perú, o en otros países semejantes, es lo mejor para todos y, por tanto, lo más recomendable económicamente, pero es tan costoso, engorroso y burocrático en los países como el nuestro, en el que los ciudadanos prefieren sufrir los costos de la informalidad, que son varios y graves (como el de no poder convertir su patrimonio en capital, lo que solo es posible con su formalización) a sufrir los costos en tiempo, dinero y gestiones de la formalidad que pueden llegar a ser de pesadilla. (De Soto, H., Ghersi, E. y Ghibellini, 1986).

La informalidad es una consecuencia del perfil de un estado no moderno y de una economía que no puede o no quiere modernizarse por un motivo puramente ideológico: el anti capitalismo, de base moralista, más que económica o jurídica y el intervencionismo mercantilista, los intereses y conveniencias de los políticos, asociados a perjudiciales empresarios.

Si hay un 80% de informalidad económica, quiere decir que hay un 80% de riqueza no formalizada que no puede capitalizarse, que no puede enriquecer a sus propietarios, que no puede convertir en capitalistas a los empresarios informales manteniéndolos en una economía casi de subsistencia. Y como se trata del 80 %, impregna de informalidad a toda la sociedad, que es también por eso harto informal, anómica, tendiente siempre a transgredir la norma, a fingir cumplimiento sin cumplir; y cumplimiento puramente formal no es cumplimiento. El formalismo es tan perjudicial como la informalidad porque ambos son muy costosos. (De Soto, H., Ghersi, E. y Ghibellini, 1986).

Hay muchos millones de dólares en activos en inmuebles y propiedades informales no registrados públicamente en el Perú. Son activo muerto que no se reproduce ni multiplica, mientras no se formalicen conforme a derecho porque el misterio está en el mismo concepto de “capital”, que muchos confunden con el dinero, o con los activos fijos, como se describe en *El misterio del capital*.

El capital no es el dinero, aunque sea el medio de intercambio hasta ahora imprescindible; el capital tampoco son los activos fijos, porque en el

mundo informal peruano los activos son gigantescos, pero no son “capital”, es decir, algo que permite que se reproduzca y multiplique la riqueza, un “plus” virtual, una potencia, ese es el misterio: que el cuantioso mundo económico informal no puede volverse capitalista porque para eso habría que “incorporar esos recursos a un marco legal ordenado y coherente, o seguir viviendo en la anarquía” (De Soto, H., Gherzi, E. y Ghibellini, 1986, pág. 41) por ello “la mayor parte de los activos en estos países no ha sido identificado ni convertido en capital; por ello la economía de mercado se mantiene constreñida y estancada” (De Soto, H., Gherzi, E. y Ghibellini, 1986, pág. 44).

Si queremos que los activos acumulados se realicen como capital activo y pongan en marcha una producción adicional deben ser fijados en un objeto o actividad productiva en concreto que perdure por lo menos un tiempo luego de realizado el trabajo. Es como si dijéramos una cierta cantidad de trabajo expedita para ser empleada si fuera preciso en alguna otra ocasión. De acuerdo con Smith, el trabajo dedicado a producir activos que no sea apropiadamente fijado no dejará huella o valor alguno.

El capital no es el stock de activos reunidos sino el potencial de éstos para desplegar una nueva producción. Ese potencial es, por supuesto, abstracto. Debe ser procesado y regulado en una forma tangible antes de poder ser liberado, exactamente como el potencial de energía nuclear en el ladrillo de Einstein. Sin un proceso -que extraiga y fije la energía potencial contenido en el ladrillo- no hay explosión, el ladrillo sigue siendo un simple ladrillo, del mismo modo, crear capital exige un proceso de conversión que libere el capital potencial apresado en un activo. (De Soto, H., Gherzi, E. y Ghibellini, 1986, pág. 86).

2.2.4. “Fallas del Mercado” según Martin Krause

2.2.4.1. Falla Uno: La competencia imperfecta

Hay un fallo del mercado, se dice, cuando un grupo de empresarios se ponen de acuerdo para fijar los precios por arriba de lo que el mercado señalaría. Como no tienen competidores, la calidad es menor porque no hay

el incentivo para mejorarla, porque no hay competencia. Hay menos innovación, porque como se saben pocos, la competencia es cero. No tienen incentivos para ofrecer un buen producto y a un buen precio; de todas maneras les comprarán a ellos. La solución para esta imperfección, se dice, es la intervención del estado para limitar el poder de las empresas, la solución es la regulación: sancionar la repartición del mercado, el oligopolio. Impedir su poder de dominio, que consiste en crear dificultades para el acceso al mercado.

¿Cómo limitar el poder de las empresas sin costo alguno, sin interferir en el mercado distorsionando la economía, elevando los costos, la burocracia y los precios y aumentando la pobreza?

Empezaremos señalando que las dificultades, trabas, impedimentos o exclusiones para la competencia económica libre, inhibe un fundamento básico de la economía de mercado: la libre competencia y la libre concurrencia. Si no hay esa libertad no hay economía de mercado, ni capitalismo sino, una vez más, intervencionismo estatal y mercantilismo; uno es funcional al otro, recíprocamente. No hay competencia perfecta, la perfección de la competencia es una ficción, producto de una visión económica tradicional que confunde la realidad con las abstracciones matemáticas o estadísticas y que no aborda la realidad económica en movimiento, en su realidad dinámica concreta, sino a partir del deber ser, de la perfección total, del ideal: “punto de equilibrio general” más estático que dinámico, más abstracto que real y concreto.

El ser humano no es perfecto, aunque la búsqueda de esa perfección imposible sea muy loable y meritoria. Y como en la realidad económica, como en cualquier otra realidad humana, no se da esa perfección absoluta, se cree que el mercado fracasa, tiene “fallas”, él tiene la culpa por no alcanzar el ideal; entonces el estado tiene que intervenir a través de políticas públicas para solucionar esta “falla” del mercado, que -en realidad no es una “falla”: no es imperfección del mercado, y puede provenir del mismo estado cuando monopoliza o colabora con un privado mercantilista para monopolizar una actividad mediante norma legislativa, por ejemplo. Eso no es falla del mercado sino monopolio estatal. Y se ha llegado a creer que el único que

puede remediar esas “fallas” del mercado es el estado. ¿El mercado es imperfecto y el estado es perfecto? ¿El estado tiene que ver con la vida privada, con el interés egoísta de cada quién?

El monopolio privado natural (del que nos ocupamos en su capítulo respectivo) es benéfico para el consumidor, si la eliminación de sus competidores se deriva de un mejor precio y mejor producto que éstos no pudieron ofrecer. Y también se da el monopolio inevitable, cuando resulta más costoso que haya competencia, como en el caso del servicio de agua potable: dos empresas para ese servicio sería costosísimo y encarecería innecesariamente las tarifas. Por tanto, no se puede rechazar globalmente todo monopolio, hay que ir por tipos. Eso sí, rechazar todo tipo de impedimento al ejercicio de la libre competencia.

Como el mercado fracasa en alcanzar el equilibrio perfecto en la competencia, según sus detractores, el estado -que se supone perfecto- interviene para alcanzar ese ideal, ese equilibrio soñado. Y para eso se necesita dinero, financiación, porque alcanzar el equilibrio perfecto cuesta. Para eso están los impuestos o los préstamos en las políticas intervencionistas. No se respaldan en una mayor producción; eso lleva a la larga a la inflación y hasta la hiperinflación, como en Argentina. De alguna manera hay que financiar ese óptimo porque el estado no produce riqueza, aunque puede emitir billetes a través del Banco Central, con o sin respaldo. A ese óptimo se llama Punto de Equilibrio General, oferta y demanda en perfecta armonía, el nirvana de la economía, como dice el consistente y claro economista argentino Martin Krause.

Ese punto de equilibrio general -el nirvana económico- consiste en que ninguno de los participantes decide o influye en el precio, todos ofrecen el mismo producto, con la mejor tecnología, son solo “tomadores” de precios, como dice Krause, no “formadores” de precios, el producto es homogéneo, además, hay libre entrada y salida del mercado. Es el ideal de la competencia perfecta, pero no en la realidad concreta sino en el mundo ideal de los economistas. La realidad siempre será más compleja que un modelo cuyo

carácter es abstracto y que no quiere imitarla sino servir de medio para un fin determinado. Parecen olvidar lo que es un “modelo”, es decir, una creación de la mente humana, que no tiene existencia material o física, y eso no es malo, pero se olvidan que no se puede esperar que la compleja realidad humana llegue a ser exactamente como el modelo que es de otra naturaleza (una simplificación mental, a partir de una situación compleja). No hay falla sino desequilibrio o movimiento y cambio constante propio de la naturaleza de las cosas, del mercado, pero no “fallas”, como si hubiera una perfección absoluta en la realidad, con la cual comparar y adoptarla como criterio de valor.

El Estado, nuestro Estado, es mucho menos perfecto que la sociedad civil y el menos indicado y capaz de equilibrar la competencia imperfecta, porque -como no hay falla sino en comparación con el “modelo”- cuando el Estado lo intenta no hace más que distorsionar deliberadamente, o no, el mercado que se mueve y le conviene moverse por la libre oferta y demanda. En el mercado libre no se puede poner el precio que a un empresario se le antoje. La libertad no es hacer lo que a uno le antoje. Si lo pone muy alto los consumidores acudirán a otro competidor que cobre menos -lo que todos hacemos. Y no podrá cobrar menos de un límite sin irse a la quiebra, cuando sus costos superan a sus beneficios.

Así ocurrió en el origen del desarrollo de las sociedades capitalistas (aunque en este momento, con el Estado de Bienestar, hayan olvidado el origen de su riqueza y su poder y proliferen las políticas intervencionistas en Europa e incluso en los Norte América). Ninguna política intervencionista, ningún mercantilismo ha sacado de la pobreza y el subdesarrollo económico a los países respectivos ni a ningún otro. Pero, según ellos, el Estado debe regular y resolver la falta de competencia perfecta que el mercado por sí solo no logra. Pero no hay ninguna falla, salvo las concertaciones oligopólicas cuando llevan al encarecimiento y la baja calidad, es decir, precios por encima del mercado, y productos por debajo de la calidad que aquel que ofrece un mercado de libre competencia.

La competencia referida puede llamarse imperfecta, pero como solo

tenemos una realidad, no hay con quién compararla, salvo que la comparemos con un modelo creado por la mente humana, ese sí absolutamente perfecto, pero abstracto. No confundir esos diferentes ámbitos de la realidad, como lamentablemente ocurre, y utilizarlo como pretexto para la intervención del estado.

- a) Si ponen precios altos, es un abuso de posición dominante
- b) Sí son bajos, competencia desleal
- c) Si son iguales, acuerdo oligopólico

2.2.4.2. Falla Dos: Externalidades

Las externalidades son efectos no buscados de nuestras conductas que afectan a terceros y pueden ser positivas o negativas. Una externalidad es positiva cuando una persona mejora nuestra calidad de vida -a título gratuito, aunque sea momentáneamente- con el olor de un perfume bien elegido, por ejemplo. El costo lo asumió la persona que lo eligió y compró. Los que estuvimos allí fuimos los beneficiados. Externalidad positiva. Otro caso: el vecino pone la música de tu desagrado a niveles alarmantes en la hora más inadecuada para ti. Externalidad negativa. ¿Quién paga el costo? ¿quién se beneficia?

Una externalidad es negativa cuando su efecto es perjudicial en algún sentido: es la instalación de una cohetaría, clandestina o legal, en la vecindad, o cualquier problema de contaminación del ambiente, entre muchos otros. Pero hay más externalidades negativas que positivas y el mercado no puede solucionar este desequilibrio, pero no por incapacidad, porque el mercado no es la voluntad de un ente, sino innumerables voluntades, deseos, valores, expectativas diferentes. Entonces, se dice, debe resolverlo el estado: es una “falla del mercado”. ¿El estado debe resolver todas las externalidades negativas? ¿por qué? Como si el estado -nuestro estado- tuviera dotes especiales para hacer con éxito, aquello en lo que, supuestamente, el mercado, o sea los millones de individuos que participamos en él, fracasamos.

El Estado es el gobierno (la dirección del Estado) y no debe resolver cada externalidad que se produce en la vida social. El mercado no es una

entelequia, un espectro, sino relaciones económicas concretas entre seres de carne y hueso, en todo el planeta. El Estado tampoco es una entelequia: el gobierno está compuesto de seres humanos tan -o más- imperfectos como los ciudadanos que no tienen poder político. Pero, de nuevo, están comparando y poniendo en el mismo plano, los modelos mentales que solo son instrumentos abstractos (lingüístico conceptuales), y las enormemente complejas e “imperfectas” realidades humanas concretas, realmente existentes. Y como la realidad no responde plenamente al “modelo” mental, entonces está fallida, se dice, luego, el estado necesariamente tiene que hacerse cargo.

Sin embargo, si las externalidades producen poco gasto de transacción y si hay derechos de propiedad “claramente definidos”, como dice Martín Krause, citando el teorema de Ronald Coase¹¹, no es necesaria y es equívoca, la intervención del estado; los ciudadanos pueden resolverlo. La intervención del estado, de cualquier estado, tiene costos y consecuencias, pero con mayor razón la de un estado tan ineficiente, burocrático, elefantiásico, y embarrado por la corrupción como el nuestro. (Krause, 2014). Y no tener en cuenta las consecuencias a mediano y largo plazo es el error más frecuente entre economistas keynesianos o estatistas.

2.2.4.3. Bien Público

A propósito de los bienes públicos, también se señala otra “falla” del mercado. Estos bienes que parecen ser de todos en general y de nadie en particular, como los parques, por ejemplo, que no reúnen las condiciones de un bien que puede ser objeto de propiedad privada, no entra al mercado porque no reúne las condiciones de un bien económico que pueda ser objeto de propiedad privada 1) no hay exclusión de nadie, todos pueden beneficiarse de ese bien. En sentido inverso, el dueño de una casa, por su derecho de propiedad sobre ella, excluye a todos los demás. En el mercado, tiene que excluirse a alguien, al que no paga por un bien adquirido, por ejemplo, se le

¹¹ “El teorema de Coase se enuncia de la siguiente manera: "si los costos de transacción son sensiblemente iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente.” Fuente: <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/costos-transaccion-teorema-coase#:~:text=El%20teorema%20de%20Coase%20se,m%C3%A1s%20eficiente%22%5B4%5D>.

tiene que excluir. Si no se excluye al que no paga, ninguna empresa sobrevive. Y 2) no hay rivalidad en el consumo (hay rivalidad en el consumo cuando la cerveza que se toma A ya no puede ser consumida por B, C, etc.).

El uso del parque por unos vecinos no impide que otros lo hagan, paguen o no. No hay exclusión ni rivalidad en el consumo. Es un bien público. Y como el bien público es de todos y de nadie, no hay un incentivo suficiente para invertir en él. Está mal tratado simplemente porque no es propiedad de nadie en particular, ya que en caso que fuera el propietario tendría el suficiente incentivo para invertir en ella o para darle más valor, o para mantenerla en buenas condiciones, etc. Lo que llevó a preguntar a Enrique Gherzi en sus conferencias por qué no se extinguen las gallinas, explica, a contrario sentido, el problema de los bienes públicos, “los fallos” del Estado.

Por la misma razón, debido a que las gallinas son objeto de propiedad privada, sus dueños son los primeros interesados en mantenerlas vivas, porque muchos viven de ello. Lo que no ocurre con una enorme cantidad de especies salvajes que son de propiedad pública, razón por la cual son depredados o maltratados y condenados a la extinción. Por eso el papel de la propiedad y la importancia de su papel en la economía de mercado es mucho mayor de lo que uno pudiera pensar cuando no se estudia economía moderna tal como es en la realidad, más allá de la ideología, los buenos deseos de perfección y las denuncias contra el capitalismo, o sea la economía de mercado.

Como alguien tiene que conservar los parques (volviendo al bien público) ese tiene que ser necesariamente un organismo público, el Estado o la municipalidad, que tienen que cobrar tributos para el mantenimiento del parque, para compensar el “fallo” que el mercado no puede resolver. Con lo cual el ciudadano le da su dinero al organismo público para que éste resuelva el problema. Eso puede ser un problema si las autoridades no han demostrado que son buenos administradores, eficientes y honrados gestores del dinero de los contribuyentes, para resolver las varias externalidades que se dan a propósito de los bienes públicos.

Como la posibilidad de corregir las inequidades o las “fallas” del mercado estarán a cargo del estado, la intervención de éste solo tiene dos alternativas: o el estado favorece o no favorece el desarrollo de la economía de mercado, de la libre competencia, de la producción de bienes y servicios con independencia del mismo estado mercantilista; en otras palabras, o trava o bloquea; o da la posibilidad de que fluya libremente generando mayor producción e inversión y riqueza en beneficio de todos o no lo hace. Si lo hace, no hay ningún problema porque la economía de mercado se mantiene tal cual, tiene los incentivos para generar riqueza, lo cual es beneficioso para todos, incluidos los más pobres. Por eso es social en sí misma y no se necesita llamarle “social” si es genuinamente “de mercado”. Y éste debería ser el criterio cada vez que al gobierno se le ocurra “corregir” el mercado; no debe ir contra el mercado porque la pagamos todos, especialmente los que menos tienen.

En el primer caso se produce lo que se denomina “intervencionismo” y es perjudicial para la economía de un país porque se distorsiona el funcionamiento del mercado, la “mano invisible” que Adam Smith aludió sin definir expresamente. Pero en el contexto es evidente que se parte de una metáfora: no hay mano invisible ni visible, porque no hay mano. Lo cual tiene que ver con la imposibilidad de determinar los deseos y expectativas de todas y cada una las personas de un país que, como consumidores, condicionan los precios con sus deseos y necesidades inmensamente variadas y variables que se regulan inestablemente por la oferta y la demanda y no por un gobierno mágico que adivina los deseos de los millones de ciudadanos para fijar, desde lo alto, los precios de los productos.

La corrupción no solo hace imposible un programa económico consistente sino también una democracia genuina porque la ahoga. Lo cual es especialmente perjudicial para los menos favorecidos económicamente, que en nuestros países son una mayoría. De tal manera que la única intervención positiva o razonable o mayoritariamente conveniente por parte del estado es aquel conjunto de decisiones que favorecen el libre fluir de la actividad económica de oferentes y consumidores, es decir cuando el gobierno decide

no intervenir en la vida económica respetando el desarrollo libre del mercado.

Teniendo en cuenta que, a pesar de la innegable relación entre la vida económica y el derecho, el mercado, las relaciones mercado, el “modelo” de mercado, no es estrictamente una creación intelectual de mentes brillantes que se imponen de arriba abajo, como lo puede sugerir la denominación “modelo”. Las relaciones de mercado se han dado desde siempre de manera espontánea y luego se han ido regulando. El capitalismo nace como una práctica social, por ejemplo, en los Estados Unidos, donde no se diseñó previa, ni teóricamente. No fue un producto de laboratorio, aunque ahora algunos economistas estén en capacidad de reproducirlo porque la reflexión económica ha dado un salto enorme a partir de la obra de Adam Smith hasta la escuela austriaca, la de Chicago y Yale, etc. Aunque, al parecer, todo empezó en la Escuela de Salamanca del siglo XVI.

El capitalismo ya existía mucho antes de las ideas de Smith y de los otros autores clásicos de la economía, de los primeros estudiosos de la economía capitalista. El constructivismo, entendido como el diseño de la vida económica de un país desde el gobierno, desde el estado, desde “arriba”, promovido y defendido por los intelectuales de ideología socialista o comunista en sus diversos matices, ha demostrado y sigue demostrando su total fracaso. Querer controlar la economía desde el estado es camino seguro a la pobreza: es cuestión de examinar las experiencias históricas de ambos lados.

2.3. Mercantilismo

El mercantilismo ha estado ligado a la corrupción desde que el Perú existe como país y la corrupción ha estado ligada infinitamente más al Estado que a la actividad económica privada, porque el Estado, (sobre todo el estado intervencionista de frágil democracia, como el de la mayoría de países latinoamericanos) maneja el dinero de los contribuyentes a través de los impuestos y tiene un poder mucho mayor que el de todos y posee el monopolio de la violencia; mientras que la empresa privada solo maneja su propio dinero. Salvo cuando su actividad está ligada ventajosamente con el gobierno o sus representantes, los políticos, u otras

corporaciones, sindicatos, etc.: y esto es precisamente el “mercantilismo.

La corrupción es uno de los más importantes problemas peruanos en la actualidad, pero por la misma razón lo es también el mercantilismo que le es inseparable: la asociación entre representantes de los poderes políticos o públicos y una parte del empresariado que no se da el trabajo de competir con otros empresarios en igualdad de condiciones, en igualdad ante la ley, sino que adopta el camino más cómodo y más seguro, que impide la libre competencia y viola el principio de igualdad ante la ley. El mercantilismo imposibilita el desarrollo de una economía capitalista, de una economía de mercado, de economía moderna.¹²

2.4. Economía de Mercado y Mercantilismo

En países como el Perú no se diferencia la economía de mercado del fenómeno económico del mercantilismo. Y de la confusión y la indiferencia se da el fenómeno de la mezcla o abigarramiento entre ambas prácticas económicas: la economía de mercado y el mercantilismo. El mercantilismo es predominante en el Perú, donde no se puede hablar de capitalismo, aunque se dan aspectos parciales de la economía capitalista. Primero, porque es rechazado como sistema por todas las fuerzas políticas, así como porque el intervencionismo estatal que empieza con el capítulo económico de la Constitución Política del Estado, con un lenguaje

¹² *Historia de la Corrupción en el Perú* de Alfonso W. Quiroz es una historia perfecta del mercantilismo que en nuestra historia colonial y republicana se ha mantenido invariable como práctica económica predominante, con cambios en los actores, los escenarios y las circunstancias históricas y sus formas, pero siempre en el mismo papel: la componenda entre el poder económico y político en detrimento de todos los demás, de los no participantes. Con esa obra podemos confirmar la constancia, la permanencia del “modelo” mercantilista en la vida económica y política del Perú y del fenómeno de la corrupción indesligable, desde los primeros días del virreinato hasta el día de hoy. Nosotros solo queremos limitarnos a consignar dos citas más o menos largas: una correspondiente a la primera época del virreinato mercantilista y la otra a la de los años 90 del siglo pasado correspondiente al fujimorato, para hacer notar al lector no solo las similitudes, a pesar de la vasta diferencia temporal, sino simplemente su identidad básica, es como si solo cambiaran los personajes y todo lo demás se hubiera mantenido intacto.

Es también el libro más importante escrito por un peruano en el ámbito de las ciencias sociales en nuestro tiempo: traducido del inglés por Javier Flores Espinoza, publicado por el Instituto de Estudios Peruanos (2018, sexta edición). Su autor hizo la maestría y el doctorado en la universidad de Columbia (New York), ciudad en la que se quedó a vivir como profesor en el Graduate Center del City University of New York, hasta 2014 (año de su muerte), lo que explica que el original haya sido redactado en esa lengua.

bastante ambiguo.

Y son especialmente los socialistas peruanos y en general los socialistas latinoamericanos en sus diferentes matices y versiones, los que confunden con el igualitarismo a rajatabla, es decir, con la utópica o imposible igualdad absoluta; no sólo dejando de lado el principio de libertad y el valor del individuo, es decir, de la persona humana, provocando la ambigüedad que los enemigos del capitalismo han convertido a éste en el chivo expiatorio más adecuado. “La satanización del capitalismo en alianza con los comunistas ortodoxos y violentistas” como afirma Hayek.

Parece casi una ley de la naturaleza humana que le es más fácil a la gente ponerse de acuerdo sobre un programa negativo, sobre el odio a un enemigo, sobre la envidia a los que viven mejor, que sobre una tarea positiva. La contraposición del «nosotros» y el «ellos», la lucha contra los ajenos al grupo, parece ser un ingrediente esencial de todo credo que enlace sólidamente a un grupo para la acción común (...) Que el judío viniera a ser en Alemania el enemigo, hasta que las «plutocracias» ocuparon su sitio, fue, lo mismo que la selección del Gulak en Rusia, el resultado del resentimiento anticapitalista sobre el que se basa el movimiento entero. En Alemania y Austria llegó a considerarse al judío como representativo del capitalismo, porque un tradicional desapego de amplios sectores de la población hacia las ocupaciones comerciales hizo más accesibles éstas a un grupo que había sido prácticamente excluido de las ocupaciones tenidas en más estima. (Hayek, Camino de servidumbre, 2011, pág. 229).

Como en tantos países en América Latina, lo que tenemos es un capitalismo inexistente, y un fuerte intervencionismo con la imposibilidad de generar una economía de mercado porque no hay libre competencia sino acuerdos, prebendas, privilegios, licencias y exoneraciones políticas. Ni en el ámbito económico, ni en el político (entre otros) hay igualdad ante la ley, no discriminación, igualdad de derechos y eso es imprescindible en una genuina economía de mercado. El intervencionismo es nefasto, pero teniendo en cuenta que las intervenciones del estado, cuando son pertinentes y necesarias, no se pueden considerar

“intervencionismo”.

El mercantilismo se da desde el siglo XVI y nuestros países adoptan estos usos que continuaron con la Independencia cuya sociedad tampoco cambió en sus costumbres, creencias, valores, prejuicios y donde las estructuras de poder tampoco cambiaron resultando una prolongación de las estructuras de poder virreinales o coloniales. Adoptamos casi solo formalmente el sistema democrático republicano, pero todo lo demás se mantuvo tal cual “la inestabilidad, dolencia endémica de América Latina, ha sido el resultado de un hecho poco examinado: la independencia cambió nuestro régimen político, pero no cambió nuestras sociedades” (Paz, 1990, pág. 162).

Sin embargo, entre economía de mercado y mercantilismo las diferencias son claras, tal como las plantea el jurista peruano Ghersi y señala las características, relaciones y tipologías del capitalismo todo esto en relación al proceso de evolución. Se especifican dos etapas (criterio cronológico); y también de dos fenómenos que incluso pueden convivir en el tiempo (criterio fenomenológico). En el primer caso se estima que estas dos formas de capitalismo son sucesivas y preclusivas, dos etapas, primero una mercantilista que correspondería en Europa a los siglos XVII y XVIII y luego un capitalismo democrático y de economía de mercado. Si se aprecia “fenomenológicamente”, como dos experiencias o prácticas que conviven en un mismo tiempo y aquí no hay etapas sucesivas y preclusivas sino fenómenos mixtos simultáneos donde, según los casos, predomina uno u otro tipo de los dos que estamos examinando y en distintas proporciones. Argentina fue una economía moderna y próspera que podemos llamar liberal hasta la llegada del peronismo y el populismo intervencionista. (Ghersi E. , 2016).

Pero es claro que en la mayoría de los países llamados desarrollados predomina el sistema de economía de mercado, de libre competencia, de respeto a la propiedad y los contratos de igualdad ante la ley y es claro que, en los países del tercer mundo, aunque se encuentren elementos de una economía de mercado capitalista, lo que predomina es la politización de la economía: los problemas económicos se resuelven política e ideológicamente, no económicamente, como debiera.

La primera diferencia es la relación con el principio de libre competencia. En el mercantilismo puede haber propiedad privada de los medios de producción, pero no hay competencia en el mercado económico. En el mercantilismo hay un capitalismo anti democrático, es decir, propiedad privada sin competencia económica y sin libre mercado.

En el sistema capitalista democrático no sólo hay competencia, propiedad privada, empresa privada, sino la obligación de competir, es obligatorio o imprescindible, no porque lo ordene una autoridad o una ley sino porque no queda otra posibilidad, si se quiere hablar de capitalismo democrático. En él se compete económicamente por el favor de los clientes o asociados, hay competencia económica y estado de derecho, igualdad de derechos, que se implican mutuamente. En el capitalismo democrático el privilegio no es admitido en la organización económica y social y el estado se encuentra limitado en su gestión política y económica y debe estarlo por razones de costos y beneficios.

En el mercantilismo, (Ghersi E. , 2016) la competencia se produce en el mercado político y no en el mercado económico, se caracteriza también por una relación muy intensa entre el poder y distintos grupos económicos, sociales, empresariales, sindicales al interior del país de que se trate y donde el privilegio es el principio en torno al cual gira la empresa y la propiedad. Hay un pseudo capitalismo sin democracia, sin igualdad ante la ley porque subsiste el privilegio que es su negación. (2022).

El mercantilismo no es económicamente eficiente porque implica siempre una mala asignación de recursos, constituye un enorme desperdicio, crea inequidades sociales porque viola la igualdad ante la ley y, como dijimos, impide la modernización económica y la democracia porque instaura los privilegios y viola la igualdad ante la ley.

2.5. Populismo

2.5.1. Definición

Lo primero que hay que aclarar es que el populismo no es una ideología, ni en sentido descriptivo (como conjunto de ideas, paradigmas, valores, creencias, es decir como sinónimo de visión del mundo, porque carece de ideas) ni en sentido

peyorativo, como resultado de un proceso de adoctrinamiento, manipulación mental o emocional o “ideologización”, etc. El populismo es una actitud política, algo más limitado que una cosmovisión, pues, todos tenemos una cosmovisión, pero no todos somos populistas y no todos somos políticos, con poder o sin él.

Esta conducta política tiene varias características, pero como no todos los populismos son muy semejantes (hay de izquierda, hay de derecha, por ejemplo, lo que demuestra que el populismo no tiene una ideología propia). Por eso tendríamos que determinar algunas características comunes. Populismo hay desde los romanos, el “pan y circo” es ya una expresión de populismo, aunque tendríamos que limitarnos a su versión moderna que viene de los rusos del siglo XIX (llamados “narodniki”) para centrar mejor la idea. El término tiene una connotación claramente peyorativa por lo que no se le puede confundir con “popular” o con “identificarse con el pueblo” que son abstracciones que no tienen sentido peyorativo

El populismo es una actitud de gobernantes y políticos personalistas, paternalistas y egocéntricos que no tienen poder, pero que buscan tenerlo por todos los medios, sin miramientos en la eticidad de estos medios. Una actitud carente de ideas que consiste en congraciarse con el favor del público, especialmente el de menos recursos materiales o espirituales a través de la demagogia, la mentira o la promesa incumplida aprovechando la desinformación o el bajo nivel educativo de mayorías que son el objetivo del populismo. Esto en cuanto a las características generales sobre del populismo.

Ante el fracaso de las oligarquías y la economía exportadora en los países latinoamericanos, se adopta el también fracasado modelo de sustitución de importaciones, a través de la intervención del Estado y la influencia del marxismo que ahora tienden a generar identidades totalizantes, ya que la idea central del populismo es la de congraciarse con la mayoría popular y el duro tratamiento contra los opositores. Pero limitando nuestras ideas a los países latinoamericanos, también hay medidas económicas populistas en tanto las promesas de los políticos demagogos son imposibles de cumplir y para ellos el capitalismo o economía de mercado no es ninguna alternativa y el comunismo era todavía muy débil y solo triunfó en un solo país en los años sesenta y ahora está en vías de desaparición. Por eso solo quedan dos

alternativas: el intervencionismo estatal y el populismo. Y como estos no solucionan los problemas económicos, hay que inventar un enemigo, un personaje satánico que sirva de chivo expiatorio. Y por eso, a pesar del fracaso del comunismo y el socialismo, y gracias al trabajo ideológico cultural largo y constante, las ideas socialistas e intervencionistas en economía se mantienen hasta hoy.

El debate y la prédica contra el sistema de economía de mercado y la sociedad capitalista moderna empieza a mediados del siglo XIX, especialmente con la obra y la acción del filósofo judío alemán Karl Marx, con su análisis económico radicalmente anti capitalista, contra la economía de mercado y la propiedad privada de los medios de producción en la sociedad moderna; análisis que se parece más bien a una denuncia en nombre de la “justicia social”, como ahora se le llama. Todo en base al concepto de “plusvalía”, que ha sido desbaratado por los economistas más importantes y conocidos en el mundo occidental, con la teoría del valor subjetivo.

Pero como las alternativas al capitalismo -a la economía de mercado- ya han sido experimentadas en todos los países llamados del tercer mundo, que rechazaron ideológica o prácticamente el capitalismo, la modernidad económica y la democracia, la alternativa fue el populismo político, inseparable del mercantilismo económico, y ambos muy funcionales a la corrupción en tanto la incentivan.

El populismo es una tendencia política cuyos representantes, persuaden “al pueblo” de que ellos son los líderes esperados, que se identifican con ese sujeto abstracto llamado “el pueblo”, que le da, o por lo menos se lo promete, lo que él espera, aunque se arruine la economía del país. La demagogia es su recurso favorito, sino el único, Como no puede cumplir con lo que promete, está obligado a hablar, a defenderse, a seducir, a engañar a mentir.

El populismo en América Latina está muy asociado al marxismo, en sus versiones más extendidas, ha sido, de lejos, el crítico más influyente del capitalismo y modelo de las extendidas y abundantes mentalidades anticapitalistas en todo el mundo occidental. Es una de las razones fuertes por las cuales la mayoría de países de la región -salvo las dictaduras de Venezuela, Nicaragua, Cuba- no son ni capitalistas, ni comunistas sino keynesianas, estatizantes, intervencionistas salvo Chile y Uruguay relativamente.

2.5.2. *Economía Marxista*

A pesar del fracaso de los estados donde se aplicó el ideario marxista sobrevive la idea según la cual el capitalista, el empresario, explota al trabajador porque no le paga todo lo que éste produce sino solo la parte necesaria y precisa para recuperar su “fuerza de trabajo”, pago que se denominaba y aún se denomina “salario”. Según el marxismo “salario” es la cantidad de dinero que el empresario capitalista paga diariamente al obrero, el cual le alcanza únicamente para compensar su “fuerza de trabajo” y nada más. El resto de lo que el obrero produce, la plusvalía, se la apropia el empresario capitalista y acumulador.

Fuerza de trabajo es un término que condensa la idea de la energía, el alimento, la vestimenta y todo lo que gasta y consume el obrero durante la jornada de trabajo y que recupera mediante el salario y el descanso, para volver al trabajo al día siguiente y esa cantidad de dinero que el empresario capitalista no paga -en tanto que el salario solo cubre dicha “fuerza de trabajo” y nada más- y que el obrero produce realmente, permite un excedente que el capitalista, el empresario acumula abusivamente incrementando su capital: lo que Marx llama “plusvalía”.

El precio medio del trabajo asalariado es el mínimo de salario, es decir, la suma de los medios de subsistencia necesarios para conservar la vida del obrero como tal, de todo que lo que el obrero asalariado adquiere mediante su actividad, sólo basta para mantener su escueta existencia. De ninguna manera queremos suprimir esta adquisición personal de los productos del trabajo, inherente al mantenimiento de la vida inmediata, adquisición que no deja ningún beneficio neto que pueda conferir poder sobre el trabajo ajeno, queremos solamente abolir el carácter miserable de esta adquisición, en que el obrero vive únicamente para incrementar el capital y únicamente en tanto lo requiere el interés de la clase dominante (...) Desde el instante en que el trabajo no puede ser convertido en capital, en dinero, en renta de la tierra, en una palabra, en poder social monopolizable, es decir, desde el instante en que la propiedad personal no puede trocarse en propiedad burguesa, desde este instante declararéis que el individuo queda suprimido. (Marx, C. y Engels, F., 2000, pág. 55).

Esta es la explicación marxista de la explotación que ha calado hondo en el mundo intelectual y académico en siglo XX, extendiéndose más allá de la órbita occidental y ha penetrado aun claramente en la cultura popular y, en los países hispanos, por ejemplo, ha ido de la mano con el indigenismo que, como el marxismo en sus orígenes, fue una visión exclusiva de las elites ilustradas y altruistas para extenderse después a otros sectores sociales, en un proceso de vulgarización característico de todo proceso de adoctrinamiento masivo, teniendo como eficaz caldo de cultivo un fenómeno socio psicológico del que se habla poco o nada en el Perú, a pesar del enorme papel que ha jugado en la historia peruana y de los países semejantes: el resentimiento. Vamos a ver el caso del populismo ligado al intervencionismo estatal, que es clásico y ejemplar, pues, se trata del caso argentino.

2.5.3. Caso Argentino: Peronismo

El peronismo es un fenómeno político social, cuya complejidad no se debe solo a sus largos años de supervivencia (1943 hasta nuestros días) sino a su ambigüedad acomodaticia que hizo que sus diversas expresiones a lo largo de estos setenta años fueran cambiando y diversificándose hacia la izquierda o hacia la derecha, de acuerdo a las más diversas circunstancias históricas dentro de la propia Argentina donde surgió, como a la influencia del contexto internacional, sus tendencias e incluso modas políticas: Lo que vincula los totalitarismos con los gobiernos intervencionistas que siguieron las ideas estatizantes y social demócratas de Keynes casi en toda América latina: es la ideología colectivista.

La tragedia del pensamiento colectivista es que, aun partiendo de considerar suprema a la razón, acaba destruyéndola por desconocer el proceso del que depende su desarrollo. Puede en verdad decirse que ésta es la paradoja de toda doctrina colectivista, y que es su demanda de un control «consciente» o una planificación «consciente» lo que por fuerza la lleva a pedir para una mente individual la dirección suprema; cuando sólo el enfoque individualista de los fenómenos sociales nos permite reconocer las fuerzas supraindividuales que guían el desarrollo de la razón. (Hayek, 2011, pág. 254)

El totalitarismo no es ajeno a las demás formas indebidas de intervención

estatal, como la poderosa influencia del keynesianismo¹³. Esto afirmaba Benito Mussolini, estando en el poder: “Fuimos los primeros en afirmar que conforme la civilización asume formas más complejas, más tiene que restringirse la libertad del individuo” (Hayek, 2011, pág. 133) así también Hayek en otro momento refiere: “Para que un sistema totalitario funcione eficientemente no basta forzar a todos a que trabajen para los mismos fines. Es esencial que la gente acabe por considerar como sus fines propios (Hayek, 2011, pág. 242).

Considerar la tendencia universal de la política colectivista a volverse nacionalista como debida por entero a la necesidad de asegurarse un resuelto apoyo, sería despreciar otro y no menos importante factor. Incluso cabe dudar que se pueda concebir con realismo un programa colectivista como no sea al servicio de un grupo limitado, que el colectivismo pueda existir en otra forma que, como alguna especie de particularismo, sea nacionalismo, racismo o clasismo (Hayek, 2011, pág. 230).

El objetivo y la actitud constante ha sido la búsqueda del poder con el apoyo de “las masas populares”, gobernando para satisfacer sus deseos hasta donde diera el erario nacional, aunque las consecuencias fueran nefastas económica y socialmente incluyendo la incapacidad del estado para dejar de regular los precios y otras intervenciones, como la realizada por el Banco Central.

Podemos encontrar en los extremos de los matices un peronismo “justicialista” pro obrero y pro sindical en la primera época cuando Juan Domingo Perón gobernaba Argentina a partir de un golpe militar. Es a esto lo que se ha llamado neoliberalismo y se trata de confundir con el liberalismo clásico que es algo cualitativamente diferente. El neoliberalismo es una política económica, sugerida o impuesta por los organismos financieros internacionales que funciona incluso dentro de dictaduras, lo que muestra su existencia y alcances limitados, que sacó al Perú del

¹³ Refiere Ana Montes: “El keynesianismo es la teoría que afirma que el Estado debe intervenir en la economía para mantener el equilibrio y revertir los ciclos de crisis. Defiende que el mercado no se regula de forma natural, por lo que los Gobiernos deben minimizar las fluctuaciones económicas. Su ideólogo fue el economista británico John Maynard Keynes (1883-1946), que la expuso en su obra Teoría general del empleo, el interés y el dinero (1936), por la que es considerado el fundador de la macroeconomía moderna. Su modelo fue revolucionario porque se oponía a la intervención estatal mínima que promulgaba el liberalismo clásico.”
Fuente: <https://elordenmundial.com/que-es-keynesianismo/>

entrampamiento estatista.

No se reconoce que todos los países llamados “desarrollados”, gozan de cierta salud económica -a pesar de las crisis, son bien administrados, con independencia del gobierno de turno; con un nivel alto en el terreno educativo; con buenos servicios de salud y seguridad ciudadana; con bajos niveles de corrupción, que en algunos de ellos daría la impresión de no existir, si los comparamos con los países llamados “envías de desarrollo”.

Los países denominados desarrollados adoptaron el modelo de “economía de mercado” o el de “economía social de mercado”, que no se diferencian en cuanto al modo de producción económica, o al modo de creación de riqueza, es decir, el sistema capitalista, la diferencia está en lo que se entiende por redistribución, que es en el momento posterior a la producción, a la creación de riqueza y aquí hay diferencias incluso se llega a considerar que para que haya redistribución tiene que haber alguien que redistribuye, el gobierno de turno. Es de acuerdo al criterio de este gobierno, que difícilmente puede ser infalible, que se decidirá a quién se redistribuye, qué se distribuye, y de donde se extrae el dinero de la financiación. Todos los países desarrollados son económicamente capitalistas, o de economía de mercado, incluida Alemania, a pesar de su política redistributiva. Solo un país rico y desarrollado puede ayudar efectivamente a los más pobres al disminuirla pobreza significativamente, pero no hay que olvidar que el estado distribuye el dinero ajeno que ha expropiado a los contribuyentes y pueden hacerlo sin un incremento en la producción de riqueza.

Un país pobre no puede disminuir la pobreza sin desarrollar la producción y las inversiones y eso tiene éxito cuando se da sin intervencionismo estatal que distorsiona el mercado cuando impone precios, subsidios, privilegios o prebendas, etc. y cuando se decide la vida económica desde arriba, cómo si se pudieran saber los deseos y necesidades de millones de seres humanos cambiantes, porque no se puede saber que ocurre en el mercado porque los precios de la libre oferta y demanda son las brújulas que orientan al empresario. La oferta y la demanda son los criterios más racionales para participar en el mercado, y el consumidor el mejor creador de precios ya que todo se asienta en sus valoraciones subjetivas, sino es redundancia.

De esta comparación es de la que nos ocupamos en este trabajo, como uno de los puntos esenciales, sino el más esencial. El célebre filósofo y jurista, antropólogo español (Escotado, 2023) explica ese rechazo anti capitalista en unas cuantas palabras:

Hay un punto donde reconocemos que el capitalismo nos ha hecho salir de la miseria y de la barbarie, pero a pesar de todo nos parece bárbaro y miserable. Lo que molesta en el capitalismo es quizás que tiene un elemento de meritocracia, es decir, una sociedad donde, más o menos, los dos únicos factores que influyen son, uno, la suerte, dos, la tenacidad o la habilidad de cada individuo. ¿Es eso todo? Yo sospecho que no. Yo sospecho que lo que hace del capitalismo un sistema difícil de tragar, es que está basado en la destrucción. Lo queda dinero, lo que da prosperidad, lo que aprovecha a todos es una destrucción creativa que si les digo la palabra la van a entender enseguida: innovación.

El capitalismo ha ido descubriendo nuevos métodos para hacer lo antiguo, nuevas cosas que no se habían descubierto, nuevas reuniones de individuos, nuevas asociaciones en general, todo nuevo. El mundo actual tiene poco que ver con el mundo de la edad media ¿por qué? porque ahora ha prosperado la innovación ahora disponemos de estadísticas suficientes para promediar el aumento de la renta per cápita en los último 250 años. De modo que hemos subido aproximadamente un 500% en 250 años. Donde hay una judía ahora hay 500, donde había un zapato ahora hay 500. Sin embargo, fíjese, que aún nos convence el argumento que las desigualdades crecen. La maquinaria de producción en la que consiste la industria capitalista es fundamentalmente masiva, en las altas esferas económicas actuales hay mucha más movilidad todavía que en las bajas. El sistema capitalista está basado en una destrucción creativa, una innovación que afecta principalmente a las personas y beneficia fundamentalmente a las masas. (Escotado, 2023).

Lo que caracteriza a las sociedades pre modernas o pre capitalistas, llamadas subdesarrolladas o tercermundistas, como ya dijimos, es el tradicionalismo, el conservadurismo, el temor al cambio paradigmático, que es el que cuenta, sin tener presente que una política económica que incentive la modernización, la libertad económica, elimine el intervencionismo y permita y proteja la fluidez del mercado,

siempre será un paso necesario. Es difícil concebir un país moderno sin una economía moderna: y se llama capitalismo, o economía de mercado.

Todos los modelos restantes son diversas versiones de intervencionismo estatal. Y el siglo XX ha mostrado práctica y teóricamente (especialmente la escuela austriaca) donde conducen y como terminan las experiencias económicas intervencionistas en sus diversos matices según la intensidad del intervencionismo, de Cuba a Argentina. La ideología anticapitalista todavía es la más influyente en América Latina. La destrucción del mito de Cuba, y Castro, en un continente que ha creado su propio romanticismo, el hombre nuevo, sin explotados ni explotadores y en plena igualdad de todos, es algo difícil de repensar, pero es imprescindible.

2.5.4. Keynesianismo

La importancia de John Maynard Keynes, filósofo dedicado a la economía, se presenta cuando después del auge de la economía capitalista especialmente norteamericana que produjo una crisis que llegó a su clímax en 1929, en la que se produjeron una serie de consecuencias económicas muy negativas a nivel mundial. La década anterior, de un auge económico artificial, había traído un exceso de optimismo, a partir de tasas de interés forzosamente bajas para que todo el mundo solicite crédito, especialmente para la oferta y construcción de inmuebles. Pero cuando no hay un respaldo económico en el aumento de riqueza y producción y se emite dinero, el dinero pierde poder adquisitivo, hay que emitir más dinero, lo cual hace que los precios se encarezcan (con igual cantidad de dinero se puede comprar menos) y se produzca la temida inflación. Y eso es lo que ocurrió debido a la enorme emisión dispuesta por la Reserva Federal (Fed) de los Estados Unidos y la indebida protección de los bancos para la promoción de préstamos muy bajos.

Keynes propuso la intervención del Estado para hacer obra pública y generar demanda con la idea de que, al generar empleo y por tanto consumidores, la demanda generaba producción y por eso había que gastar en vez de ahorrar. Pero las obras públicas cuestan y tienen que financiarse porque el estado no produce riqueza, ni tiene por qué hacerlo. He ahí el problema. ¿Y de dónde sale si el Estado no genera riqueza? De los impuestos y de los empréstitos, obviamente, que son las únicas posibilidades. O de la emisión de moneda sin respaldo, como ocurrió efectivamente en el 2008.

Y así empieza lo peor. En lugar de abrazar la recesión y facilitar el proceso depurador de los excesos causados por la orgía crediticia, los gobiernos inyectaron dinero a la economía a través de paquetes de estímulo y utilizaron los bancos centrales para bajar aún más las tasas de interés para supuestamente reactivar la economía y evitar una depresión. Eso es exactamente lo que Keynes sugería hacer en su famosa *Teoría General* donde postulaba abiertamente lo siguiente: “El remedio para el *boom* no es una tasa de interés más alta sino una tasa más baja pues esto permitirá que el así llamado *boom* se prolongue- El remedio adecuado para el ciclo de negocios no debe consistir en abolir los *booms* y dejarlos en un permanente estado de semi-boom” (Kaiser, 2013, pág. 49).

El keynesianismo es una especie de opio económico de nuestros países: creer que emitiendo moneda sin respaldo productivo (provocando inflación y sus consecuencias) y aumentando el gasto estatal en obra pública y burocracia, para dar trabajo, que se supone generaría la demanda que incentivaría la producción y la dinámica de la economía, que es la fuente de la riqueza. La demanda, según el keynesianismo, genera producción. Pero eso no ha ocurrido en ninguna parte y el dinero, vía impuestos, en manos del gobierno solo ha servido para incentivar la corrupción y el gasto público.

Los impuestos excesivos desincentivan la producción, que es el motor de la economía y el pago de los préstamos se los endosamos irresponsablemente a las generaciones futuras. La baja producción trae sus consecuencias. Ningún país que aplicó este modelo, -el de Sir Maynard Keynes- salió del subdesarrollo económico. Y él mismo confesó que sus recetas no debían ser aplicadas permanentemente y, sin embargo, en América Latina las hemos adoptado y seguimos adaptándolas por décadas de pobreza. En vez de incentivar el ahorro, propuso el consumo al máximo y para eso, había que promover el empleo, para que haya quien gaste e incentive la producción desde el único lugar que podía darlo, a través de obra pública: el estado. Pero la demanda no produce, no genera producción, es la producción misma la que produce riqueza. La demanda, si la hay, viene después.

Dijimos que los fenómenos inseparables del populismo político y el

mercantilismo económico en América Latina, son actitudes anti capitalistas que han terminado reemplazando en diferentes formas y matices al marxismo leninismo, venido a menos como discurso y como realidad que sobrevive de la peor manera en casos como Cuba, Venezuela o Corea especialmente a partir de la caída del muro de Berlín, el desplome de la ex Unión Soviética y el desastre económico social de todos los países que adoptaron o intentaron adoptar su ideario en Europa y en nuestra región: el comunismo o el socialismo.

Si no se adopta una economía moderna, de mercado libre, de libre competencia, sin intervencionismos, solo queda como alternativa el discurso demagógico, es decir, el populismo. Y el populismo, como seducción, es el instrumento para ocultar las mil incongruencias de no adoptar de manera consecuente la modernización económica, una economía de mercado real. El mercantilismo es el modelo adecuado que genera todas las condiciones para la corrupción y el populismo es su lenguaje, su discurso expresivo.

En los países en que conviven la democracia y una economía estatizante, el modelo es el mismo: el dirigismo económico estatal. Camino a la pobreza. Argentina es un ejemplo luminoso y revelador: las políticas económicas de un país requieren estar enfocadas en sus consecuencias a la hora de la aplicación, no en los ideales o deseos utópicos. Y hay que pensar que, hasta un gran país, en muchos sentidos grande, como la Argentina, puede terminar mal con una política económica inadecuada durante tantas décadas. La economía tiene una lógica y hay que tenerla en cuenta, bajo aperebimiento de descalabro económico.

Y son las políticas populistas, emocionalmente anti capitalistas, que han preferido adoptar medidas intervencionistas y estatistas o estatizantes -según el país de que se trate- en base al puro prejuicio moral fundado en la ideología colectivista.

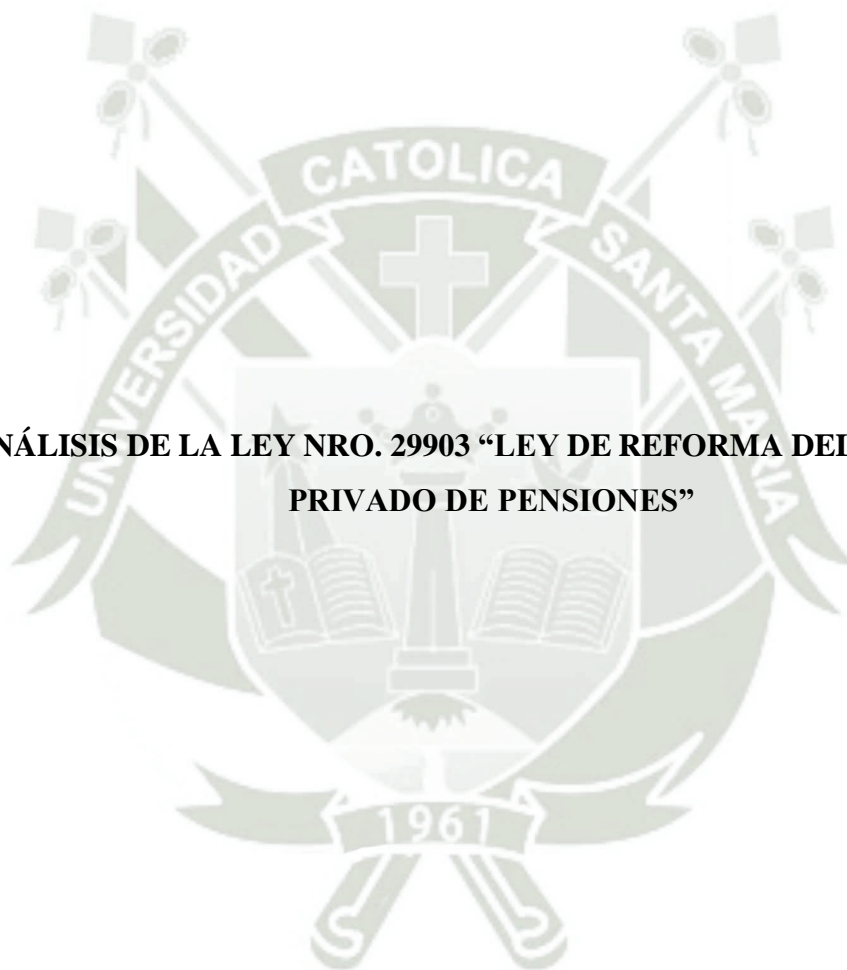
Esta encuentra el origen de todos los males en la explotación de la “clase dominante” capitalista, en el “neoliberalismo”, que producen desigualdad, según ellos. Cómo si en los países mal llamados socialistas hubiera “igualdad” y todos fueran ricos, Ni igualdad de todos y todas, que promueven los estatistas en todos sus matices; ni igualdad ante la ley, que promueve el liberalismo democrático.

Siendo el caso más revelador y el más triste el de Argentina, precisamente, por haber sido alguna vez -desde el siglo XIX y casi toda la primera mitad del siglo XX- una potencia económica ¿cómo explicar la situación de este gran país estos últimos setenta años hasta hoy 2022 sino por el peronismo, es decir, el intervencionismo estatista y el populismo? y 70 años de control de precios. Es muy aleccionador dar una mirada, por lo menos panorámica, a la experiencia de política económica de este país.



TERCERA PARTE

**ANÁLISIS DE LA LEY NRO. 29903 “LEY DE REFORMA DEL SISTEMA
PRIVADO DE PENSIONES”**



3. Análisis de la Ley Nro. 29903 “Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones”

3.1. El Sistema Privado de Pensiones en Perú: Ley Nro. 29903

El Gobierno del Perú (1973) mediante Decreto Ley Nro. 19990, creó el Sistema Nacional de Pensiones, en sustitución de los sistemas de pensiones de las Cajas de Pensiones, de la Caja Nacional del Seguro Social y del Seguro Social del Empleado; y del Fondo Especial de Jubilación de Empleados particulares, es decir que la administración de los fondos de pensiones, se centralizó en una sola entidad del Estado, esto, hasta el año 1992.

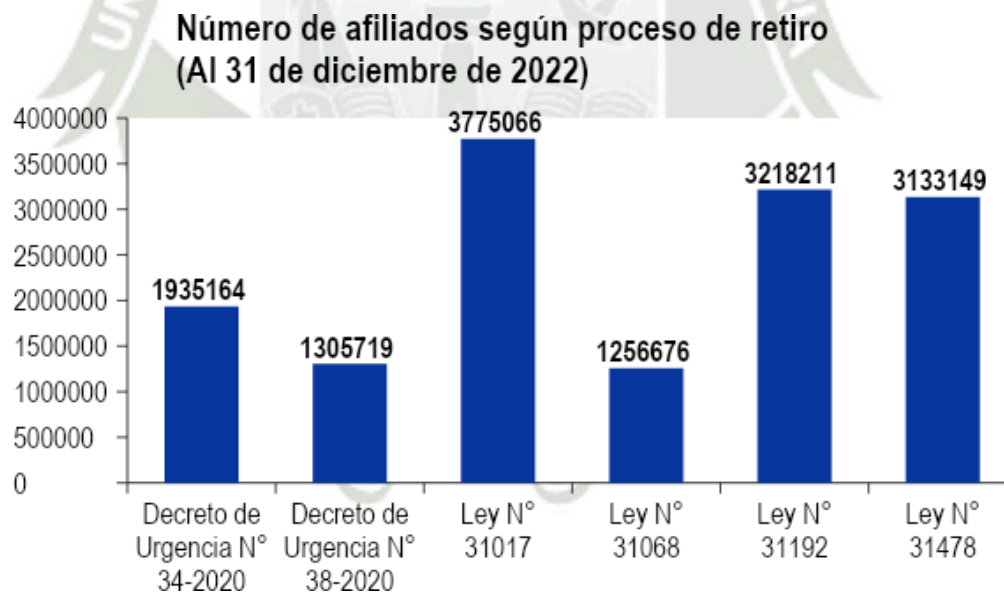
A partir de la Constitución de 1993, que como se ha desarrollado a lo largo de nuestra tesis, se introdujo -al menos en el texto normativo- el término Economía Social de Mercado, y los principios que la orientan, entre ellos el de iniciativa privada libre, en casi todos los sectores productivos, incluyendo a la administración de fondos de pensiones, es así que el Gobierno Peruano da paso al nacimiento del Sistema Privado de Pensiones mediante Decreto Ley N° 26897 (1997), el cual en su primer artículo define al Sistema como aquel que:

“...tiene como objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de previsión social en el área de pensiones y está formado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), las que administran los Fondos de Pensiones y otorgan obligatoriamente a sus afiliados las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, tal como el Sistema Nacional de Pensiones”, pero con diferencias sustanciales.

Una de las principales diferencias que podemos apreciar con el Sistema Nacional de Pensiones, es el destino del aporte, mientras que en éste, el aporte va a un fondo común, en el que los aportes son nocionales, refundidos en un camino común al sistema de reparto; en el Sistema Privado de Pensiones los aportes van a una denominada Cuenta Individual de Capitalización CIC, en la que cada aportante mantiene en una cuenta el íntegro de sus aportes, sin que éste sea parte de ningún fondo común, y que tiene como único destino pagar a ese aportante individual lo que logró aportar luego de cumplir como regla general con 65 años de edad, y/o 20 años de aportación al sistema.

Y decimos en términos generales puesto que existen diversos regímenes de jubilación, como la anticipada, o las diferentes Leyes de retiro anticipado como la Ley Nro. 31017 (2020) Ley que establece Medidas Para Aliviar la Economía Familiar y Dinamizar

la Economía Nacional en el Año 2020; de igual forma la Ley Nro. 31068 (2020) Ley que Faculta el Retiro De Los Fondos Privados De Pensiones en el Contexto de la Pandemia Covid-19; asimismo la Ley Nro. 31192 (2021) Ley que Faculta a los Afiliados al Sistema Privado De Administración de Fondos de Pensiones el Retiro de sus Fondos; finalmente la Ley Nro. 31478 (2022) Ley que Faculta el Retiro Extraordinario de los Fondos Privados De Pensiones en el Contexto de La Pandemia Covid-19, En El Año 2022. Por otro lado, el Gobierno Peruano emitió el Decreto de Urgencia Nro. 34-202 (2020) Decreto de urgencia que establece el retiro extraordinario del fondo de pensiones en el sistema privado de pensiones como medida para mitigar efectos económicos del aislamiento social obligatorio y otras medidas; por último, se emitió el Decreto de Urgencia Nro. 38-2020 (2020) Decreto de Urgencia que establece Medidas Complementarias para mitigar los Efectos Económicos Causados a los Trabajadores y Empleadores ante El Covid-19 Y Otras Medidas. En ese sentido, todas estas leyes y decretos de urgencia se dictaron durante la crisis sanitaria por la Pandemia COVID 19 que permitieron retiros de la Cuenta Individual de Capitalización, en desmedro del fondo de jubilación.



Fuente: SBS y AFPs

Para junio de 1993, ingresaron al mercado diferentes empresas administradoras de fondos de pensiones: Horizonte, Integra, Profuturo, posteriormente Prima, entre otras, y se creó la Asociación de AFPs, asumiendo posteriormente su regulación la Superintendencia de Banca Seguros y AFPs.

El Sistema Privado de Pensiones, desde su creación y durante casi dos décadas, se

presentó como la única alternativa a un sistema estatal pensionario -que a inicios de los años 90 estaba empezando una notoria crisis económica y administrativa-, puesto que era un mercado nuevo en el que funcionaba la libre competencia, sin intervencionismo del Estado.

Las administradoras de fondos de pensiones competían libre y realmente por cada afiliado, con publicidad, con información sobre inversión de los fondos, con mayores ganancias de inversión, pero siempre en un ambiente de libre competencia, dejando a cada potencial afiliado decidir a cuál administradora de pensiones afiliarse por el interés que más apreciase él mismo, sea conocimiento de inversión, convencimiento publicitario, recomendación o el que fuera, es decir libre elección.

Sin embargo, mediante la Ley N° 29903 (2012) Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de julio del 2012 se modificó el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones aprobado por Decreto Supremo Nro. 054-97-EF (1997), en varios artículos, los que pasaremos a analizar comparando su constitucionalidad de acuerdo al régimen de Economía Social de Mercado:

1. El artículo sexto que con la modificación quedó redactado de la siguiente forma:

Artículo 6°.- El trabajador que se incorpora al SPP es afiliado a la AFP que ofrezca la menor comisión por administración de que trata el inciso d) del artículo 24, según el procedimiento de licitación previsto en el artículo 7-A, o en su defecto, es afiliado en las condiciones que señala el artículo 7-D o la vigésimo primera disposición final y transitoria, salvo el caso señalado en el artículo 33.

La Superintendencia podrá determinar que se incluya dentro de la licitación a que se refiere el artículo 7, a los trabajadores independientes. Para tal fin, la Superintendencia emitirá las normas reglamentarias referentes a la materia.

El afiliado en una AFP que no es la adjudicataria puede cambiar de AFP en el momento que así lo decida, salvo lo señalado en la vigésimo primera disposición final y transitoria.

El afiliado a una AFP que obtenga la adjudicación del servicio de administración de las cuentas individuales de capitalización, sólo podrá cambiar de AFP, en cualquiera de las siguientes situaciones:

a) Si se afilió con anterioridad a la fecha de inicio del período de licitación a que se refiere el primer párrafo del artículo 7- A, salvo lo señalado en la vigésimo primera disposición final y transitoria; o,

b) Si cumplió el período de permanencia a que se refiere el segundo párrafo del artículo 7-A. Para efecto de lo dispuesto en el párrafo anterior, el afiliado presenta ante la AFP a la que desea trasladarse, la solicitud correspondiente.

Es decir que al establecer por ley que “El trabajador que se incorpora al SPP es afiliado a la AFP que ofrezca la menor comisión....() según el procedimiento de licitación” es el Estado quien pasa a asumir la potestad de decidir por los ciudadanos a que AFP debemos afiliarnos, y no los potenciales afiliado mismos, es decir que el Estado luego de una Licitación Pública, elegirá a la AFP que cobre la menor comisión de administración, y la impondrá como la AFP a la que todos los nuevos aportantes, sin excepción, deberán afiliarse, incumpliendo el artículo 61 de Constitución la Política del Estado Peruano (Constitución Política del Perú, 1993, art. 61) al crear por Ley, un monopolio legal a favor de dicha AFP.

Artículo 61.- Libre competencia: El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

Y claro que se crea un monopolio “legal” con esta Ley, por la cual cada 2 años una nueva administradora de pensiones asume la totalidad de la afiliación exclusiva de los nuevos aportantes monopolizando toda posibilidad que el resto de administradoras de pensiones compitan por afiliarlos como antes de la entrada en vigencia de la Ley Nro. 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado Pensiones (2020).

3.2. Acción de Inconstitucionalidad en contra de la Ley N.º 29903

Mediante Expediente N° 00013-2012-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2013, Exp. N.º 00013-2012-PI/TC), el 25% del número legal de Congresistas de la República interpusieron una demanda de Acción de Inconstitucionalidad en contra de la Ley 29903, de Reforma del Sistema Privado de Pensiones (2020), por cuanto, -entre otros argumentos- se alegaba que el proceso de licitación por el cual se otorgaría a la AFP que ofrezca una menor comisión -por administración- la afiliación exclusiva de todos los trabajadores que se

incorporen al SPP, por un plazo de 24 meses, “implicaba una manifiesta restricción al derecho de libre contratación del afiliado, pues ya no podría elegir a cuál de las AFP que integraban el SPP deseaba incorporarse, quedando forzado a ingresar a la que sea favorecida por la referida licitación”.

3.3. Sentencia que resuelve la demanda de Acción de Inconstitucionalidad

Mediante Sentencia de fecha 27 de mayo del 2013 STC 0001-2013-PI. (Tribunal Constitucional del Perú, 2013, Exp. N.º 0001-2013-PI/TC). Caso Reforma del Sistema del Sistema Privado de Pensiones, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N.º 29903. (ANEXO A)

3.4. Comentarios sobre la Sentencia

En el numeral 7 de la Sentencia STC 0001-2013-PI. Caso Reforma del Sistema del Sistema Privado de Pensiones refiere que la citada Ley aumenta la competencia entre las AFP y que el Estado la facilita y promueve protegiendo el llamado proceso competitivo o instituto jurídico de la competencia en la búsqueda de un mayor bienestar del consumidor (2013).

Al respecto, creemos que esta norma, que según su finalidad, ha sido creada para la defensa de la economía de mercado en la medida que el estado facilita y vigila, es decir, supervigila que se haga efectiva esta libre competencia que es característica esencial de una economía de libre mercado, se contradice con la creación de un monopolio por parte del estado es una manera irracional que hace imposible que se cumpla ese artículo 61 porque al crear ese monopolio elimina más bien la libre competencia si es que se busca un mayor bienestar del consumidor significa que promover el monopolio lograría el efecto totalmente inverso pues ambas actitudes son totalmente incompatibles, es decir, la creación de un monopolio frente a la obligación estatal de facilitar y vigilar la libre competencia.

En la página 9 de la citada Sentencia se comenta el artículo 61 de la Constitución Política del Estado (Constitución Política del Perú, 1993, art. 61), señalando que dicha constitución se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica y como tal supone tres aspectos esenciales como: el acceso al mercado por los diversos agentes económicos, lo cual no se ha cumplido porque se ha impedido el ingreso de todas las AFP que no ganan la buena pro en la licitación que el Estado pone en práctica para conceder el monopolio de las AFP, para que todos los aportantes se adhieran a esa sola AFP elegida, constituyendo

un monopolio creado por el Estado.

Como se ha desarrollado a lo largo de la presente tesis, sostenemos que los monopolios estatales son los que afectan negativamente a la libre competencia, es decir, a una economía de mercado verdadera, porque a diferencia de los monopolios privados que se configuran porque una de las empresas ofrecen los bienes más cómodos en su precio y de mejor calidad, y la eliminación de la competencia se da por cuanto los consumidores lo van generando en la medida que ellos van prefiriendo uno producto, o un servicio como en nuestro caso, en lugar de otros; mientras que los monopolios estatales lo impiden, porque restringen la participación económica al eliminar la competencia simplemente por una ley creada por el Estado.

Por eso es que, citando la misma sentencia, el mismo artículo 61 de la Constitución Política del Estado (Constitución Política del Perú, 1993, art. 61), claramente no prohíbe los monopolios u oligopolios alcanzados mediante el esfuerzo empresarial fruto de la eficiencia productivo o innovativa en el mercado, sino solo aquellos derivados de una concertación, por los denominados cárteles o la imposición de una norma legal. Al respecto estamos perfectamente de acuerdo con este aspecto de la Sentencia, sin embargo, en el siguiente párrafo parece más bien defender la creación de este monopolio cuando señala que la intervención pública no se da con la intención de alterar las leyes del mercado sino más bien garantizando que este funcione de manera correctiva y ofrezca la garantía que las propias condiciones de libre competencia sean realmente cumplidas.

La intervención del Estado no se debe dar para alterar las propias reglas del mercado. La libertad de mercado no puede funcionar cuando el estado otorga la preferencia a uno de los participantes, aunque la condición que haya señalado para ello sea real o aparentemente beneficiosa para los consumidores

La intervención monopolística por parte del Estado, que según la citada Sentencia se ha dado para garantizar que el Sistema Privado de Pensiones funcione de la manera correcta y que a su vez ofrezca la garantía para que las condiciones de la libre competencia sean realmente cumplidas, solo es posible cuando el Estado no interviene pues precisamente la libre competencia implica la abstención del Estado para intervenir, y en el presente caso interviene violando la participación de los participantes, y actuando paternalistamente decidiendo en nombre del usuario la propuesta más conveniente.

La Ley citada, justamente por ser obligatoria, o imperativa, es decir, un mandato independiente de la voluntad del ciudadano, se trata simplemente del ejercicio de un organismo que tiene como característica esencial la potestad del monopolio de la violencia, lo que no significa que el estado la ejerza siempre legítimamente, como en este caso, en que el ciudadano no puede elegir a que AFP afiliarse sino que tiene que hacerlo necesariamente en la que el Estado haya escogido, vía licitación, y esto aún en la hipótesis (negada) que esa medida sea favorable al afiliado. Ninguna medida que deje de lado la libertad de los ciudadanos puede ser legítima o constitucional, aun en el caso hipotético que mejore las condiciones de los usuarios o que aumente la competencia, como se señala en la sentencia.

En realidad, no se trata de la libre competencia en el sentido de la economía de mercado, sino de la competencia impuesta por el Estado para obligar a las AFP a proponer la comisión más baja, aunque esto es de solo o exclusivamente en el momento del concurso, vía licitación.

Los ciudadanos no tienen por qué justificar, ante el Estado, el uso, o los usos, de su libertad; no tienen por qué explicarle para que quieren libertad; es el Estado -si se considera democrático- el que está obligado a dar buenas razones para justificar la limitación o restricción de un derecho, sobre todo si se trata del principio de libertad. La historia ha demostrado en que terminan siempre los Estados intervencionistas, en particular en economía, sin que haya una sola excepción, cuando como en este caso, deciden cual es la AFP monopólica en la que todos deben afiliarse, quieran o no. Como sostiene Mario Vargas Llosa, hablando de Friedrich August Von Hayek:

La planificación centralizada de la economía socava de manera inevitable los cimientos de la democracia y hace del fascismo y del comunismo dos expresiones de un mismo fenómeno, el totalitarismo, cuyos virus contaminan a todo régimen, aun el de apariencia más libre, que pretenda “controlar” el funcionamiento del mercado. (Vargas Llosa, 2018, pág. 102).

Por las razones anteriores y para responder a una pregunta formulada en la sentencia, la “comisión por saldo” no solo no es válida constitucionalmente, sino que además es falso que represente una ventaja para el afiliado, como hemos visto, puesto que la AFP tendrá asegurado cobrar la comisión independientemente que genere o no ganancias de inversión sobre el capital del aportante. Pero, además, como la comisión por saldo implica que la AFP elegida por el Estado ya no va a cobrar dicha comisión de su remuneración, sino que la cobra

de su cuenta individual de capitalización, dicha norma afecta claramente la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios y, por tanto, la propiedad sobre los mismos.

En cuanto al principio de libertad de contratación, éste se afecta nítidamente, en la medida que los contratos no se pueden modificar por normas de ninguna clase y por eso las controversias derivadas de los contratos se resuelven por la vía judicial o arbitral.



CONCLUSIONES

PRIMERA, Creemos muy necesario aclarar que, si bien las conclusiones en este trabajo, a las que se ha llegado en base a la experiencia económica peruana, el conocimiento de algunas experiencias extranjeras a manera de ejemplos para mostrar nuestras hipótesis; como las lecturas de economistas relevantes desde nuestra perspectiva, solo son insumos de un discurso que, aún en las Conclusiones, solo puede tener carácter argumentativo-normativo, como el resto de la tesis y como el derecho en general; no empírico cognitivo, o experimental, como en ciencias físicas o sociales.

SEGUNDA, La primera conclusión que hemos confirmado en esta investigación es que el artículo 58° de la Constitución Política del Estado que señala que en el Perú “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado...”, conlleva una contradicción si, como vemos en nuestra realidad, el término “social” en el contexto intelectual, académico, significa “estatal” para sus usuarios: es, decir, lo contrario al sentido del término “social”, que se vincula a todo lo que no es, justamente, “estatal”, a la vida privada de los ciudadanos, por ejemplo, aunque esté regulada por el Código Civil del nacimiento hasta la muerte.

TERCERA, Nuestra segunda conclusión se deriva de la anterior, porque si aquella no fuera una contradicción, de todas maneras, habría una ambigüedad respecto del carácter de esta norma: ¿es prescriptiva o normativa? ¿es meramente descriptiva? ¿Nos dice lo que es o lo que debe ser? Porque si es puramente descriptiva y nuestra economía es una “economía social de mercado”, no sería relevante si estuviera o no en un artículo de la Constitución. Y si la economía peruana no fuera aún, aunque debiera ser, una “economía social de mercado”, el artículo no sería solo contradictorio o ambiguo sino falso. Y, por otro lado, hay que tener en cuenta que la Constitución y las normas legales no cambian la realidad por su sola existencia.

CUARTA, De la investigación respecto a los orígenes de la “economía social de mercado” en Alemania, podemos concluir, conforme al economista Martín Krause que dicha economía es una “marca”, no un modelo general que se puede imitar con solo colocar su nombre en un artículo de la Constitución. Una marca es intrínsecamente singular o única, por lo que para reproducirla en la realidad habría que reproducir -en la realidad- todas y cada una de sus condiciones relevantes de existencia.

QUINTA, Que, para determinar el tipo o especie de economía, de modo de producción de riqueza predominante en un país, es decir, su realidad económica objetiva realmente existente hay que atenerse a esa realidad concreta y específica. Y la realidad concreta y específica económica peruana no corresponde a una economía moderna capitalista, de libre competencia, de libre mercado; lo que excluye todo intervencionismo estatal, limitando su actividad a la seguridad, la justicia, la educación y la salud.

SEXTA, Nuestro modelo económico peruano, de “economía social de mercado”, en abstracto, es diferente y opuesto al modelo económico peruano concreto, (cualitativamente diferente de la marca alemana, como es tan diferente el Perú de Alemania en todos los aspectos esenciales) el gobierno (órgano de dirección del estado) a través de sus representantes puede intervenir e interviene cuando su interés o conveniencia lo solicitan. No hay límites para un vocablo tan genérico y ambiguo como el vocablo “social”, entendiéndose engañosamente el término “social” como “estatal”.

SÉPTIMA, La economía peruana en concreto, es una que podría ser considerada como “mercantilista”, que se caracteriza por la indebida asociación entre un grupo o una corporación, sindicato o individuo, con el Estado, con el poder político y sus diversos representantes; lo que hace imposible una economía de libre competencia. En el Perú, además, el mercantilismo es inseparable, del intervencionismo, de la corrupción, del desorden administrativo, la extensión de la ineficiente y excesiva burocratización, la mala asignación de recursos, la excesiva deuda pública; los subsidios, los bonos, los privilegios y prebendas, todos violatorios del principio de igualdad ante la ley.

OCTAVA, En la medida en que el nombre de “economía social de mercado” del artículo constitucional respectivo, no corresponde a la realidad económica peruana y el término “social” significa en este contexto, “estatal”, se manifiesta una especie de intervencionismo, que no quiere llamarse ni reconocerse en lo que es concretamente. Porque “lo social” significa ciertamente algo diferente e incluso opuesto a “lo estatal”. Y lo democrático se da en la mayor posibilidad que pueda ejercer justamente “lo social” (el conjunto de personas individuales privadas) sobre “lo estatal”, que como tiene el monopolio de la violencia como función esencial, puede abusar y abusa de él si no lo controlan.

NOVENA, La llamada “economía social de mercado”, es un sistema o modo de producción de riqueza y servicios predominantemente capitalista en la producción, en la

creación e intercambio de dichos bienes y servicios, de libre competencia, sin intervención estatal en la vida económica; en el contexto de un orden público democrático de verdad, de apertura económica, de respeto a los derechos, a la propiedad, con un poder judicial aceptable; con un mecanismo redistributivo que es posible, en el caso alemán, gracias, a su vez, a la potencia económica de la eficiente actividad privada y no a la generosidad del Estado.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. Libros consultados:

- Boloña, C. (1993). *Cambio de rumbo*. Lima: Instituto de Economía de Libre Mercado.
- Bullard, A. (2019). *Análisis Económico del Derecho*. Lima: : Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- De Soto, H. (2021). *El misterio del capital* . Lima: Planeta .
- De Soto, H., Ghersi, E. y Ghibellini. (1986). *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia .
- Hayek, F. (2011). *Camino de servidumbre*. En F. Hayek. España: Alianza Editorial.
- Hayek, F. (2014). *Derecho, legislación y libertad*. . Madrid: Unión Editorial .
- Kaiser, A. (2013). *La Miseria del Intervencionismo*. Madrid : Unión Editorial .
- Marx, C. y Engels, F. (2000). *El Manifiesto Comunista*. Buenos Aires: El Aleph.
- Mises, L. v. (2023). *La acción humana. Tratado de economía*. Madrid, España: Unión Editorial.
- Nietzsche, F. (2001). *Genealogía de la moral* . Madrid: Edaf.
- Paz, O. (1990). *Pequeñas crónicas de grandes días*. México : Fondo de Cultura Económica.
- Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú* (1ra. ed.). Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos.
- Rand, A. (2006). *La virtud del egoísmo*. Madrid, España: Grito sagrado.
- Savater, F. (2021). *Política para amator*. Barcelona, España: Ariel.
- Vargas Llosa, M. (2018). *La llamada de la tribu*. Lima: Alfaguara.
- Weber, M. (2007). *La política como vocación* . En M. Weber. España: Biblioteca Nueva .

II. Artículos:

Fernández Riquelme, S. (Julio de 2012). La economía social de Mercado, un referente para el debate contemporáneo entre desarrollo económico y justicia social. *Revista Administración y Desarrollo*, 40(56).

Trazegnies Granda, F. (2004). Trazegnies Granda, Fernando (2004). ¿Vejes prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre. *Themis. Revista de derecho*(49), 220. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8566>

Valverde, I. D. (2022). La Importancia del Análisis Económico del Derecho. *Revista Digital Abogacía*. Obtenido de www.revistaabogacia.com

III. Recursos audiovisuales:

Bullard, A. (27 de enero de 2016). Análisis económico del derecho de contratos. Recuperado el 8 de octubre del 2023, de Sergio Santillán Díaz <https://www.youtube.com/watch?v=1CwpgiZ85F8>

Escohotado, A. (17 de enero del 2014). ¿Por qué no nos gusta el capitalismo si este nos ha salvado?. Recuperado el 14 de octubre del 2023 de Karel Becerra <https://www.youtube.com/watch?v=kPmQ1pRzZG4&t=87s>

Gherzi, E. (24 de febrero de 2014). Mercado informal desde el Análisis Económico del Derecho. Recuperado el 8 de octubre del 2023, de Sergio Santillán Díaz <https://www.youtube.com/watch?v=jBOYCoHI0fE>

Gherzi, E. (19 de mayo de 2016). ¿Por qué no se extinguen las gallinas?: bienes públicos y privados. Recuperado el 8 de octubre del 2023, de Sergio Santillán Díaz. <https://www.youtube.com/watch?v=sWJ-kafApVM>

Gherzi, E. (5 de septiembre de 2016). Estado de Derecho y límites del poder. Recuperado el 8 de octubre del 2023, de la Fundación para el Progreso <https://www.youtube.com/watch?v=RCEEaevK5no>

Huerta de Soto, J. (2 mayo de 2016). Sobre la competencia perfecta. Recuperado el 14 de octubre del 2023 de Instituto Juan de Mariana <https://www.youtube.com/watch?v=DdzrB-gdBdY&t=4s>

Krause, M. (22 de octubre de 2013). La teoría de las “fallas del mercado” y del Estado. Recuperado el 8 de octubre del 2023, de Sergio Santillán Díaz. <https://www.youtube.com/watch?v=ApoVqfXugUY>

Maquet, P. (27 de abril de 2023). ¿Y el Perú? Recuperado el 8 de octubre del 2023, de La República <https://larepublica.pe/opinion/2023/04/27/y-el-peru-por-paul-e-maquet-1202607>

IV. Leyes consultadas:

Gobierno del Perú. (1973). Decreto Ley Nro. 19990: Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social. Diario Oficial El Peruano. [Microsoft Word - DL 19990.docx \(www.gob.pe\)](#)

Gobierno del Perú. (1997). Decreto Ley Nro. 26897: Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. Diario Oficial El Peruano. [256914 L25897-1992.pdf20190110-18386-1xv695y.pdf \(www.gob.pe\)](#)

Gobierno del Perú. (2020). Ley N.º 31017: Ley que establece medidas para aliviar la economía familiar y dinamizar la economía nacional en el año 2020. Diario Oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1865958-1>

Gobierno del Perú. (2020). Ley N.º 31068: Ley que faculta el retiro de los fondos privados de pensiones en el contexto de la pandemia COVID-19. Diario Oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1904033-1>

Gobierno del Perú. (2021). Ley N.º 31192: Ley que faculta a los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones el retiro de sus fondos. Diario Oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1950860-1>

Gobierno del Perú. (2022). Ley N.º 31478: Ley que faculta el retiro extraordinario de los

fondos privados de pensiones en el contexto de la pandemia COVID-19, en el año 2022. Diario Oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/3247741-31478>

Gobierno del Perú. (2020). Decreto de Urgencia N.º 034-2020: Decreto de urgencia que establece el retiro extraordinario del fondo de pensiones en el sistema privado de pensiones como medida para mitigar efectos económicos del aislamiento social obligatorio y otras medidas. Diario Oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/normas-legales/466105-034-2020>

Gobierno del Perú. (2020). Decreto de Urgencia N.º 038-2020: Decreto de urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas. Diario Oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/normas-legales/473569-038-2020>

Gobierno del Perú. (2012). Decreto Ley Nro. 29903: Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. [Microsoft Word - Documento2 \(mef.gob.pe\)](#)

Gobierno del Perú. (1997). Decreto Supremo Nro. 054-1997-EF: Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. [Decreto Supremo N.º 054-1997-EF - Normas y documentos legales - Ministerio de Economía y Finanzas - Plataforma del Estado Peruano \(www.gob.pe\)](#)

Perú. (1993). Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano. [constitucion-2022.pdf \(minjus.gob.pe\)](#)

Tribunal Constitucional del Perú. (2013). Expediente N.º 00013-2012-PI/TC: Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 29944. Diario Oficial El Peruano. <https://www.tc.gob.pe>

Tribunal Constitucional del Perú. (2013). Expediente N.º 0001-2013-PI/TC: Demanda de inconstitucionalidad, Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1. Diario Oficial El Peruano. <https://www.tc.gob.pe>

ANEXOS

A. Sentencia de fecha 27 de mayo del 2013 STC 0001-2013-PI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PLENO JURISDICCIONAL
Expediente 0013-2012-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 27 de mayo de 2013

STC 0001-2013-PI.p Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de congresistas de la República contra el artículo 2 de la Ley 29903, de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones

Magistrados firmantes:

SS.
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

2

TABLA DE CONTENIDOS

I. CUESTIONES PRELIMINARES.....	3
A. RELACIÓN JURÍDICA-PROCESAL.....	3
B. PETITORIO CONSTITUCIONAL.....	3
C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA.....	4
D. DEBATE CONSTITUCIONAL.....	4
D.1. Demanda.....	4
D.2. Contestación de la demanda.....	5
E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	5
II. ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO DE LA LEY IMPUGNADA	7
A. AFILIACIÓN OBLIGATORIA A UNA AFP DE LOS NUEVOS AFILIADOS.....	7
A.1. Justificación constitucional de la medida adoptada.....	8
A.2. El derecho fundamental involucrado.....	20
A.3. La supuesta vulneración del derecho a la libre elección pensionaria a través de la Afiliación Obligatoria.....	25
B. COMISIÓN POR SALDO.....	34
B.1. Justificación constitucional de la medida adoptada.....	35
B.2. La garantía institucional involucrada.....	37
B.3. La supuesta vulneración de la intangibilidad de fondos a través de la Comisión por Saldo.....	41
C. CENTRALIZACIÓN DE PROCESOS OPERATIVOS.....	60
C.1. Justificación constitucional de la medida adoptada.....	62
C.2. El derecho fundamental involucrado.....	64
C.3. La supuesta vulneración de la libertad de contratación a través de la obligatoria contratación de las AFP a un tercero.....	67
III. FALLO.....	75



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

3

EXPEDIENTE 0013-2012-PI/TC
STC 0001-2013-PI.p
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 27 días del mes de mayo de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Vergara Gotelli, vicepresidente; Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda, que se agrega

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. RELACIÓN JURÍDICA-PROCESAL

La demanda es interpuesta por el 25% del número legal de congresistas de la República, debidamente representados por la congresista doña Martha Gladys Chávez Cossío.

En vista de que una ley es la impugnada, al que le ha correspondido defender su constitucionalidad ha sido al Congreso de la República, a través de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, en mérito del Acuerdo de Mesa Directiva 040-2005-2006/MESA-CR, de fecha 18 de octubre de 2012.

B. PETITORIO CONSTITUCIONAL

La demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 29903, de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de julio de 2012, en la parte que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones:

NORMAS IMPUGNADAS		TEMA
Ley 29903	DS 054-97-EF	
Artículo 2,	7-A	Licitación del servicio de administración de la cuentas individuales
que	14-A	Centralización de los procesos operativos
incorpora	14-B	Sunat como entidad centralizadora
los	24.d	Comisión mixta, que incluye la comisión por saldo
siguientes		
artículos:		



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

4

C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA

Los demandantes, para argumentar su pretensión, alegan la violación de los siguientes derechos fundamentales, principios y garantías institucionales previstos en la Constitución:

- Derecho a la libertad de contratación (artículo 62)
- Derecho a la pensión (artículo 11)
- Garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de seguridad social (artículo 12)
- Derecho a la libre competencia (artículo 61)
- Derecho a la información de los consumidores (artículo 65)
- Derecho a la propiedad (artículo 70)
- Principio de solidaridad

D. DEBATE CONSTITUCIONAL

Los accionantes y el demandado postulan sobre la constitucionalidad de las normas objetadas una serie de razones que, a manera de epítome, se presentan a continuación.

D.1. DEMANDA

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- (i) El esquema de "licitación de afiliados nuevos", establecido en el artículo 7-A cuestionado, vulnera el artículo 11 de la Constitución, en vista de que el procedimiento de selección de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones (AFP) que ofrezca la mejor comisión limita el libre acceso a las pensiones por parte de los nuevos afiliados.
- (ii) El establecimiento de la entidad centralizadora por parte de las AFP, bajo los mecanismos previstos por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), establecido en el artículo 14-A cuestionado, vulnera el artículo 62 de la Constitución, en vista de que cambia las condiciones iniciales con las que las AFP emprendieron sus funciones en el Perú.
- (iii) La facultad otorgada a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) como posible entidad centralizadora, establecida en el artículo 14-B cuestionado, vulnera el artículo 61 de la Constitución, en vista de que legitima la existencia de un monopolio, al centralizar todos los procesos operativos en una única institución pública.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

5

- (iv) La comisión sobre el saldo, establecida en el artículo 24.d cuestionado, vulnera el artículo 12 de la Constitución, en vista de que la retribución que percibirán las AFP será cobrada a partir de las cuentas y fondos de cada afiliado; vulnera el artículo 65 de la Constitución, en vista de que afecta el deber de defender el interés de los consumidores y usuarios; y vulnera el artículo 70 de la Constitución en vista que afecta los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, entendidos como derecho a la propiedad.

D.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, sustentándose en los siguientes argumentos:

- (i) Lo establecido en el artículo 7-A cuestionado no vulnera el derecho de acceso a una pensión en vista de que éste implica la elección de un determinado sistema pensionario y no la elección de una determinada AFP; para tal caso, se podría alegar una afectación al derecho a la libertad de contratar de cada pensionista, que, sin embargo, no se produce porque la medida implementada, de carácter temporal y relativo, constituye únicamente una intervención en el principio de la autonomía de la voluntad, en la vertiente de la libertad de contratar.
- (ii) Lo establecido en el artículo 14-A cuestionado no vulnera norma constitucional alguna en vista de que la Ley 25897, que creó el sistema privado nunca estableció que las AFP necesariamente debían hacerse cargo de los procesos operativos que ahora buscan centralizarse, tanto es así que se dejó abierta la posibilidad de que sea un tercero el que realice la recaudación.
- (iii) Lo establecido en el artículo 14-B cuestionado no implica que la labor de Sunat o de un particular se convierta en un monopolio, ni que se vulneren las reglas de la competencia perfecta, pues la entidad no está realizando actividad empresarial alguna, sino más bien una actividad extrafiscal, una actividad económica no empresarial que tiene vínculos con los fines del Estado social.
- (iv) Lo establecido en el artículo 24.d cuestionado no vulnera la intangibilidad de los fondos pensionarios, en vista de que la comisión sobre el saldo del fondo forma parte de la retribución que hace el afiliado a la AFP por el servicio prestado.

E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que el Tribunal Constitucional defina los temas a desarrollarse a lo largo de la presente sentencia.

- ¿Es válida constitucionalmente la afiliación obligatoria de los trabajadores que ingresan al sistema privado a la AFP adjudicataria de la licitación? En consecuencia,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

6

- ¿El aumento de competencia entre las AFP lo justifica constitucionalmente? ¿o, es la mejora de las condiciones de los usuarios? ¿O ambas?
- ¿El derecho fundamental supuestamente vulnerado es la libertad de acceso a la pensión o la libertad de contratación?
- ¿Esta medida temporal debe ser entendida en conjunción con otros elementos para la elección de las AFP?
- ¿Qué rol le compete a la SBS?
- ¿Es válida constitucionalmente la comisión por saldo? En consecuencia,
 - ¿La alineación de intereses entre AFP y afiliados y/o la mayor disponibilidad de la remuneración justifican la medida?
 - ¿Las normas impugnadas podrían afectar la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios o también la propiedad sobre los fondos?
 - ¿Es congruente con la Constitución el cambio de esquema de la comisión por saldo en detrimento de la comisión por flujo?
 - ¿Puede exigirse a un afiliado que ha venido aportando según las condiciones iniciales de su contrato que modifique su forma de pago de comisión? ¿Existe una vulneración del principio constitucional de irretroactividad de las normas?
 - Con este nuevo esquema, ¿es posible que un trabajador se quede sin saldo para afrontar su etapa de jubilación?
- ¿Es válida constitucionalmente la centralización de los procesos operativos de las AFP? En consecuencia,
 - ¿Es la eficiencia del sistema privado y/o la mejora de la calidad de vida de los afiliados lo que avala constitucionalmente la medida?
 - ¿Está en juego la libertad de contratación o la libertad de empresa?
 - ¿En qué medida se está conculcando el derecho de las AFP, a través de una medida que podría considerarse monopólica?
 - ¿Puede ser la Sunat la entidad centralizadora? ¿Eso implicaría una violación al principio de subsidiariedad empresarial del Estado?



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

7

II. ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO DE LA LEY IMPUGNADA

1. El examen de constitucionalidad de fondo a ser realizado en la presente sentencia se dividirá en tres partes, referidas sucesivamente a la incorporación compulsiva de los nuevos afiliados, la inclusión de una comisión por saldo y la centralización de los procesos operativos realizados por las AFP. Cada tema será examinado desde una triple perspectiva, primero determinando la justificación constitucional de la medida adoptada, luego definiendo el derecho fundamental o garantía institucional involucrada y, por último, estableciendo si se ha afectado o no éste con la norma impugnada.
2. Este Colegiado precisó en la STC 0002-2005-PI/TC, que “(...) *En mérito a la dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional puede valorar la constitucionalidad de los actos concretos realizados al amparo de la norma legal impugnada, lo cual definitivamente no supone la resolución del problema en un caso concreto; sino otorgarle un canon valorativo constitucional – función de valoración, para la resolución del presente proceso de inconstitucionalidad*” (fundamento 2), razón por la cual considera conveniente conocer, para contrastar el examen abstracto de las normas impugnadas, cómo fueron aplicadas las medidas establecidas en la Ley 29903.

A. AFILIACIÓN OBLIGATORIA A UNA AFP DE LOS NUEVOS AFILIADOS

Normas impugnadas

3. La demanda tiene por objeto declarar la inconstitucionalidad del artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, bajo el epígrafe de “Licitación del servicio de administración de cuentas individuales de capitalización para los trabajadores que se incorporen al SPP”, cuyo tenor es el siguiente: “*La Superintendencia licitará el servicio de administración de las cuentas individuales de capitalización de aportes obligatorios de los trabajadores que se incorporen al SPP. En cada licitación se adjudicará el servicio a la AFP que (...) ofrezca la menor comisión de administración (...) La Superintendencia licitará el servicio de administración de cuentas individuales cada veinticuatro (24) meses (...)*”.

Alegatos de los demandantes

4. A juicio de los demandantes, el esquema de “licitación de nuevos afiliados” es inconstitucional por considerar que mediante este procedimiento de selección a la AFP que ofrezca una mejor comisión, se está coartando la libertad de los nuevos afiliados de elegir el proveedor de servicios previsionales que él considere



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

8

pertinente, por lo que termina afectándose el derecho al libre acceso a la pensión, previsto en el artículo 11 de la Constitución.

Alegatos del demandado

5. En contra de lo argüido por los congresistas accionantes, el demandado, además de establecer que el derecho involucrado no es el de acceso a una pensión sino el de la libertad de contratar de cada pensionista, reconocido en el artículo 62 de la Constitución, expresa que la medida busca las mejores condiciones para los afiliados y una mayor competencia entre las AFP, por lo cual la intervención en el principio de la autonomía de la voluntad -en la vertiente de la libertad de contratar- sólo posee un carácter temporal y relativo.

A.1. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA ADOPTADA

6. El primer nivel de estudio exige la identificación del fin de relevancia constitucional que posee la medida legislativa de afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados a las AFP. De lo expresado por el demandado, podrían existir hasta dos razones. La primera, ligada a la actividad de los agentes económicos en el mercado privado de pensiones. La segunda relacionada con los beneficios a favor de los afiliados. Al igual que el Congreso de la República, esta opinión fue asumida por la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso, para quien la licitación "(...) *promueve la competencia ex-ante [por parte de las AFPs] y se traduce en menores comisiones para el afiliado, ya que la administración de la cartera es adjudicada a la AFP que ofrezca la menor comisión de administración (...)*", además de responder "(...) *a atributos deseables del mercado como una baja comisión y alta rentabilidad (...)*" (Dictamen de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).

(a) Aumentar la competencia entre las AFP

7. Las normas impugnadas encuentran su razón de ser en una necesidad de aumento de competencia por parte de las AFP. Según el artículo 61 de la Constitución, "*El Estado facilita y vigila la libre competencia (...)*", protegiendo el llamado proceso competitivo o instituto jurídico de la competencia, en la búsqueda de un mayor bienestar de consumidor. Dentro del mercado permite a los agentes económicos reducir sus costos (eficiencia productiva), incrementar la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveer a los consumidores bienes y servicios con precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). El derecho a la libre competencia está definido como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos (STC 0018-2003-PI/TC; STC 1405-2010-



PA/TC). Se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica y como tal supone tres aspectos esenciales: acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos sin que se pueda impedir o restringir dicha participación; libre iniciativa dentro del mercado para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas; la igualdad (no discriminación) de los competidores ante la ley (STC 0018-2003-PI/TC; STC 3315-2004-AA/TC).

8. En teoría económica existen los denominados fallos de competencia. Una forma de competencia imperfecta es el oligopolio, cuyo abuso debe ser combatido por el Estado (STC 0008-2003-AI/TC). Según el mencionado artículo 61 de la Constitución, el Estado "*(...) Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)*". De acuerdo a la Constitución, no es que se prohíban los monopolios u oligopolios "*(...) alcanzados mediante el esfuerzo empresarial, frutos de la eficiencia productiva o innovativa en el mercado, sino aquellos derivados de una concertación (los llamados carteles) o de la imposición de una norma legal*" (punto 61 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC).
9. En este orden de ideas, la Constitución confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas, no siendo admisible la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente respecto de sus consumidores o usuarios, pudiendo determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, o sus competidores, compradores, clientes o proveedores, abusando de su participación significativa en el mercado, desarrollo tecnológico, entre otras (STC 0008-2003-PI/TC). Cualquier intervención pública -entre las que debe contarse la Ley 29903- debe restaurar o regular el mercado, a fin de que "*(...) el precio y la producción de los bienes y servicios [sean] resultado de la interacción entre la oferta (las decisiones de los proveedores) y la demanda (las decisiones de los consumidores)*" (punto 57 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). Por ello, la intervención pública no se da con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien de garantizar que éste funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia estén siendo realmente cumplidas; así, puede justificarse una intervención en el ámbito de acceso al mercado cuando el producto o servicio no se encuentre permitido por la ley, o cuando se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia (STC 3315-2004-AA/TC).
10. A partir de esta configuración del mandato constitucional, lo que se encuentra prohibido, según el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, son "*(...) las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores*" (artículo 1). En el modelo jurídico nacional, son dos las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

10

situaciones proscritas relacionadas con el oligopolio (Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC).

- En primer lugar, están las prácticas colusorias -o restrictivas de la libre competencia-, efectuadas entre empresas que *prima facie* competirían entre sí, respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar dicha competencia que tienen el efecto de restringir o eliminar el proceso competitivo entre sus participantes, dentro de un determinado mercado geográfico y/o de productos, en detrimento de consumidores, competidores y/o proveedores, que como resultado podría producirse un aumento de los precios o una reducción de la producción de manera artificial al margen de los mecanismos naturales del mercado.
- En segundo lugar, está el abuso de posiciones dominantes y monopólicas, prohibidas explícitamente en el artículo 61 de la Constitución, entendidas como conductas de tipo exclusorio y no explotativo. El término *práctica monopólica* se refiere al hecho de que una empresa con poder de mercado, mediante una determinada práctica y de manera unilateral, limita o restringe la competencia en el mercado, con el objetivo de ampliar su participación o fortalecer su poder de mercado, excluyendo a los actuales competidores o impidiendo el acceso a los potenciales competidores.

11. Bajo estos criterios, los diseñadores de políticas públicas, *policy-makers*, alegan la existencia de un mercado oligopolístico en el país. Al respecto, se puede observar que la SBS ha establecido, tras definir las características del mercado de la industria de las AFP, que ante la ausencia de un cabal escenario de competencia por precios las AFP prefieren competir por publicidad o por gastos comerciales porque les resulta más barato antes que por precios (comisiones), pues les resulta más oneroso (Documento de Trabajo "Competencia y reducción de comisiones en sistema privado de pensiones. El caso peruano", de 2006, *vid.* http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/ddt_ano2006/SBS-DT-02-2006.pdf). Asimismo, un grupo de economistas chilenos, analizando la experiencia de su país, bastante similar a la nacional, explicó que el mercado previsional privado está definido por el bajo nivel de competencia, comportamientos oligopólicos, altas barreras a la entrada por los temas de escala, no percepción de las variables relevantes (comisiones, rentabilidad, calidad del servicio), entre otros, situación que conlleva una progresiva concentración de las decisiones de inversión en el mercado de capitales de las AFP, factor que sumado a la aparente sincronía en las decisiones de inversión por parte de las administradoras -situación conocida como *efecto manada*, configura un escenario que en situaciones de estrés macroeconómico y financiero puede tener consecuencias en términos de la estabilidad de los mercados, siendo necesario promover soluciones públicas creativas que alteren los estadios de inercia para un ahorro obligatorio de afiliados que no tiene capacidad de aglutinar, por sí solos, efectos en la demanda que lo beneficien en precios



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

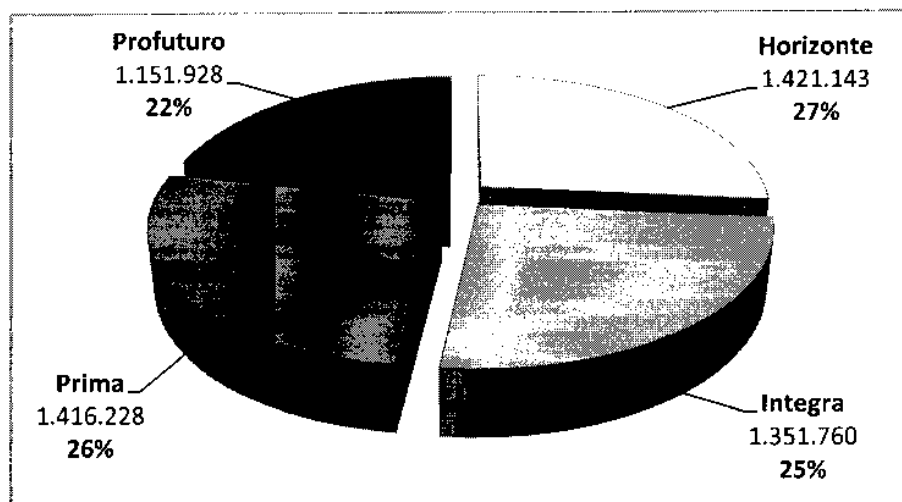
Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

11

(“Licitaciones: Imprimiendo competencia al sistema de AFP”, de 2006, *Vid.* http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/06032006130517.pdf).

12. Como justificación de la emisión de las normas impugnadas, se aduce que el mercado oligopolístico privado de pensiones merece ser regulado de una manera más eficiente. El oligopolio se define como aquella estructura de mercado en la cual barreras naturales o legales impiden la entrada de nuevas empresas o el número de empresas competidoras es reducido, lo cual lleva a que los productores tengan incentivos para colaborar fijando los precios o repartiéndose los segmentos del mercado, lo que provoca una situación parecida a la del monopolio. El oligopolio se caracteriza por la presencia de unas pocas empresas dominantes, que en el caso de las AFP serían Integra, Horizonte, Profuturo y Prima, provocando una elevada concentración de la industria por su alta participación en el mercado, que casi está repartido por partes iguales. Una de las posibles consecuencias del oligopolio se presenta en la colusión, a través de la cual todas las empresas se benefician al evitar las guerras de precios y proteger el volumen de afiliaciones.

Gráfico 1.- Repartición del mercado de afiliados entre las AFP del mercado, a marzo de 2013



Elaboración: Propia. Fuente: SBS (Vid. <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaSistemaFinancieroResultados.asp?c=FP-1203>)

13. De otro lado, se ha aseverado que las AFP se pondrían de acuerdo con relación a los precios que cobraban, tanto es así que hasta antes de la emisión de la ley impugnada entre las comisiones recaudadas no existía mucha diferencia, donde el promedio estaba en 1,91%. Con el paso de los años, el monto cobrado por comisiones siempre habrá estado en promedio alrededor de 2% de la remuneración asegurable, sin discrepancias ostensibles entre los distintos operadores.



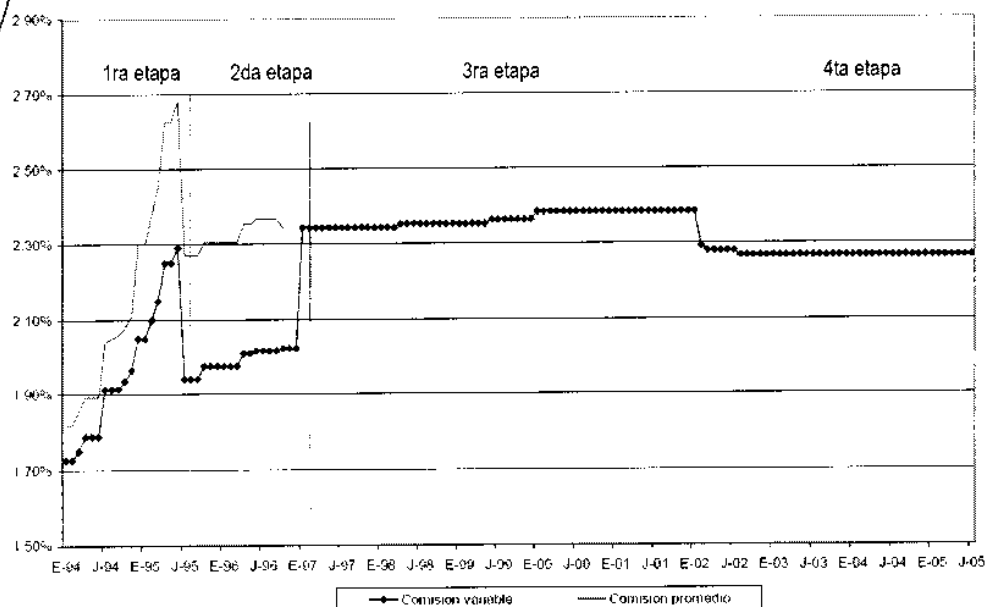
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

12

Gráfico 2.- Etapas en la evolución de las comisiones. Promedio simple de las comisiones variables. Base de remuneración asegurable de S/. 1.000. 1994- 2006



Fuente: SBS, basado en Boletines Estadísticos (Vid. http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/ddt_ano2006/SBS-DT-02-2006.pdf)

Cuadro 1.- Comisiones por flujo cobradas por las AFP antes de la reforma. A septiembre de 2012

AFP	COMISIÓN
Profuturo	2,14%
Horizonte	1,95%
Integra	1,80%
Prima	1,75%
Promedio simple	1,91%

Fuente: SBS (Vid. <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=31#>)

14. Pero frente a los argumentos esgrimidos, existen otros que abonan a favor de la tesis de la inexistencia de abuso por parte de las AFP de su posición en el mercado. A su entender, la situación descrita proviene del diseño del modelo previsional privado y el limitado espectro de posibilidades que ha otorgado el propio mercado, antes que de la actividad de los operadores.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

13

15. Expresan que el mercado existente en el país podría considerarse reducido. Así, tal como lo reconocen los considerandos de la Resolución Ministerial 75-2011-EE/10, la cobertura previsional de los trabajadores en el país apenas alcanza el 40% de la Población Económicamente Activa (PEA) ocupada, de los cuales aportan sólo el 20%. De ese grupo una porción importante está en el sistema público y únicamente un grupo en el privado.

Cuadro 2.- Afiliación a los sistemas pensionarios en la PEA ocupada. En miles de personas. Al 2010

RÉGIMEN	CIFRAS	PORCENTAJE
Sistema privado	2.916,2	65%
Régimen 19990	1.211,4	27%
Régimen 20530	135,4	3%
Otros regímenes públicos	200,0	4%

Fuente: INEI.

16. Del cuadro antes presentado, se puede observar que tan sólo el 13% de la PEA ocupada en el país (es el 65% del 20% aportante) se encuentra en el sistema privado de pensiones, es decir, el mercado no es tan amplio como para que cualquier agente económico ingrese con facilidad al mismo. A cifras similares llega la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones, para el cual únicamente el 13,9% del PEA nacional contribuye al sistema privado (sólo el 41,5% de los afiliados efectivamente aportan), cuando el promedio de la región se encuentra en 26,6% (Boletín Estadístico 24, de diciembre de 2010).
17. Por más que la licitación para nuevas cuentas busca abrir el mercado, es de notar que éste siempre ha tendido a contar con pocos operadores, según se observa en el siguiente gráfico. Luego de la licitación se creía que el mercado iba a funcionar con una AFP más pero una de las antiguas ha vendido sus acciones entre dos que se encontraban en el mercado, tal como se explicará *infra*. Esta situación sucedió de forma similar al año 2005 cuando ingresó al mercado Prima AFP, que finalmente tuvo que adquirir la AFP Unión Vida.



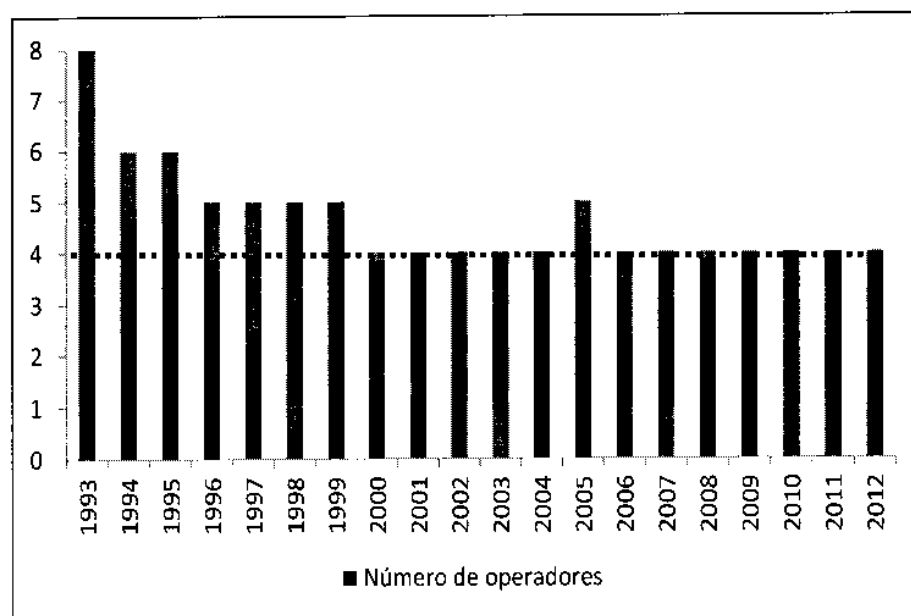
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

14

Gráfico 3.- Evolución histórica de operadores en el sistema privado



Fuente: SBS

18. El tamaño del sistema privado, que según el gráfico anterior, siempre ha contado con alrededor de cuatro AFP, en tal sentido, podría considerarse como el factor causante de las altas comisiones que han venido cobrando las AFP. Un estudio efectuado por el Consorcio de Investigación Económica y Social mostró que el sistema de las AFP era consistente con un modelo de oligopolio generado por costos hundidos endógenos, que seguiría siendo oligopolio aún si el tamaño de mercado fuese infinito (Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de costos hundidos, realizado por Jorge Paz y Rafael Ugaz en 2003).
19. Las AFP tampoco podrían competir con libertad en el mercado toda vez que las restricciones a sus inversiones impediría que la rentabilidad entre una y otra AFP tenga un alto grado de diferenciación, lo cual motivaría que entre los diversos operadores en el mercado no haya la diversificación necesaria entre los productos que ofrecen. Esta situación ha permitido afirmar al exministro de Economía y Finanzas, don Pedro Pablo Kuczynski, que las AFP están sobre reguladas, pues la inversión de su portafolio en el exterior está limitado a alrededor de 30% de sus activos (Vid. <http://diariocorreo.pe/ultimas/noticias/2949789/ppk-las-afp-en-el-peru-estan-sobre-regulad>). Según el Decreto Supremo 054-97-EF se puede observar lo siguiente:
 - Los instrumentos financieros que pueden ser utilizados están predeterminados (artículo 25)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

15

- Hay límites de inversión por cada tipo de fondo (artículo 25-B).
- La política de inversión de cada AFP debe ser puesta en conocimiento del público (artículo 25-C).
- Mediante resolución de la SBS con opinión previa del MEF, se determinarán los criterios aplicables a la rentabilidad mínima, la misma que está garantizada por el encaje legal que se constituye con recursos propios de las AFP y con otras garantías que otorgue la AFP (artículo 23).

20. Este problema, sin embargo, es menor en comparación con otros países de la región, puesto que las carteras de pensiones en el país están relativamente diversificadas, aunque ello se ha debido a la mala gestión de la deuda pública, que generó que a inicios de los noventa no existiese un mercado de bonos públicos. Según el Banco Mundial, tal situación, junto con orientaciones estrictas sobre inversión, permitieron la diversificación de la cartera en los mercados de capital (Informe Reforma y reestructuración de los sistemas de pensiones. Evaluación de la asistencia prestada por el Banco Mundial, de 2006).

Gráfico 4.- Porcentaje de tenencias. Comparativo de la región. A diciembre de 2002.

Pais	Títulos del Estado	Instituciones financieras	Bonos de empresas	Capital social	Fondos de inversión	Títulos extranjeros	Otros
Argentina	76,7	2,6	1,1	6,5	1,8	8,9	2,4
Bolivia	69,1	14,7	13,4	0,0	0,0	1,3	1,5
Chile	30,0	34,2	7,2	9,9	2,5	16,2	0,1
Colombia	49,4	26,6	16,6	2,9	0,0	4,5	0,0
México	83,1	2,1	14,8	0,0	0,0	0,0	0,0
Perú	13,0	33,2	13,1	31,2	0,8	7,2	1,5
Uruguay	55,5	39,6	4,3	0,0	0,0	0,0	0,5

Elaboración: Banco Mundial 2006.

21. De otro lado, tal como lo presenta el siguiente gráfico, existe aún bastante margen de inversión de las AFP en el país, pero que no encuentran oportunidades en el mercado local.



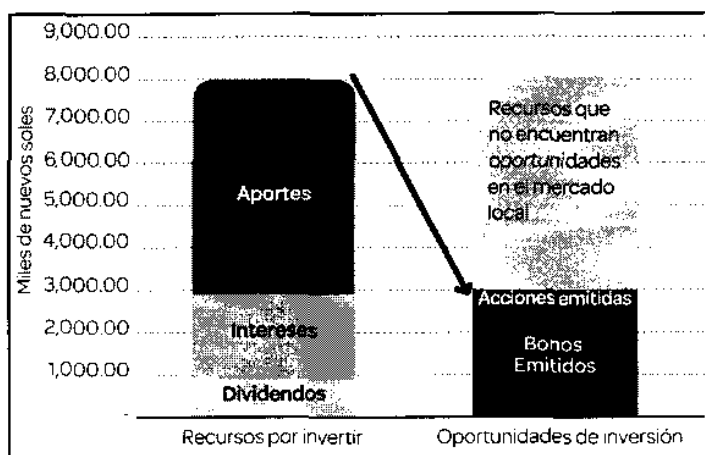
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

16

Gráfico 5.- Desbalance entre ingresos de AFP y oportunidades de inversión en el país. Al 2010



Elaboración: Prima AFP (Vid. <http://e.gestion.pe/128/impresaj/pdf/2012/02/02/24183.pdf>). Fuente: SBS, SMV.

22. Revisadas las posturas al respecto, debe analizarse si existe o no un oligopolio que abusa del carácter del mercado previsional privado. Entrando de forma indirecta al análisis del caso del sistema privado de pensiones, Indecopi, en tanto ente rector de la competencia en el país, expresó que *“En mercados en los que la competencia resulta tecnológica y económicamente posible -como es el caso de la administración de fondos de pensiones- los precios constituyen el resultado de decisiones adoptadas de manera descentralizada por ofertantes y demandantes de bienes y servicios. Son estos agentes quienes deciden cuánto desean comprar y vender, con qué características y condiciones de calidad y a qué precios”* (punto 75 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). La naturaleza del mercado privado pensionario, por ende, exige una intervención en pos de mayor competencia: *“(…) Si bien el número de empresas que operan en el sistema y sus respectivas participaciones en el mercado sugieren la existencia de un mercado concentrado, ello no implica la imposibilidad de incorporar mecanismos de competencia que dinamicen el mercado”* (Informe 81-2012/CPC-INDECOPI). La Defensoría del Pueblo ha sido mucho más categórica al afirmar que el mercado previsional privado *“(…) es un sistema oligopólico donde hay escasa competencia por el carácter del mercado y las empresas logran obtener ganancias extraordinarias (…)”* (punto 6.1 del Informe Defensorial 99, El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado, de 2005).
23. Por los argumentos expuestos, a este Colegiado, sin entrar a definir la existencia o no de un mercado de fondos privados de pensiones oligopólico, le parece



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

17

admisible validar el aumento de competencia como una finalidad constitucional de la norma impugnada, pues existe consenso en la necesidad de dinamizar el mercado.

(b) Mejorar las condiciones para los usuarios

24. La segunda justificación esgrimida fluye de la defensa del interés de los usuarios, establecida en el artículo 65 de la Constitución según el cual *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”*. La norma prescribe un derrotero jurídico binario que se constituye como un principio rector para la actuación del Estado frente a cualquier actividad económica, y como un derecho personal y subjetivo de los consumidores y usuarios que requieren del Estado una determinada actuación defensiva (STC 0008-2003-PI/TC; STC 1865-2010-PA/TC). Este mandato, proveniente de la naturaleza del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), tiene como fin la búsqueda del bienestar general y el equilibrio ponderado de los agentes económicos (STC 3315-2004-AA/TC). El Estado mantiene con los consumidores o usuarios no sólo la obligación genérica de garantizar sus derechos a la información, salud y seguridad, sino también otros de naturaleza análoga, tales como la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales (STC 0858-2003-AA/TC), criterio recogido en el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o usuario (STC 0008-2003-PI/TC).

25. A partir de este derecho se produciría, según alega el demandado, una variación en la cultura de las AFP, puesto que *“(…) las AFP incurren en importantes gastos y esfuerzos comerciales como estrategia efectiva para atraer clientes ante la insensibilidad de la demanda al precio. Esta estrategia a su vez promueve una sobredimensión del gasto comercial que se traduce en ineficiencia productiva y constituye uno de los factores que limita la posibilidad de reducción de comisiones”*, razón por la cual la afiliación obligatoria buscaría menores comisiones y mayor rentabilidad (acápite I.a de la contestación de demanda). El nuevo marco normativo establecido a partir de los artículos impugnados de la Ley 29903, por tanto, posibilitaría una mejor protección de los intereses de los usuarios y consumidores.

26. Una explicación a lo alegado puede ser encontrada en la *teoría de la agencia*. Según ésta, el principal delega autoridad al agente para que actúe en su beneficio e interés, concepto que se materializa en el momento en que un trabajador contrata a

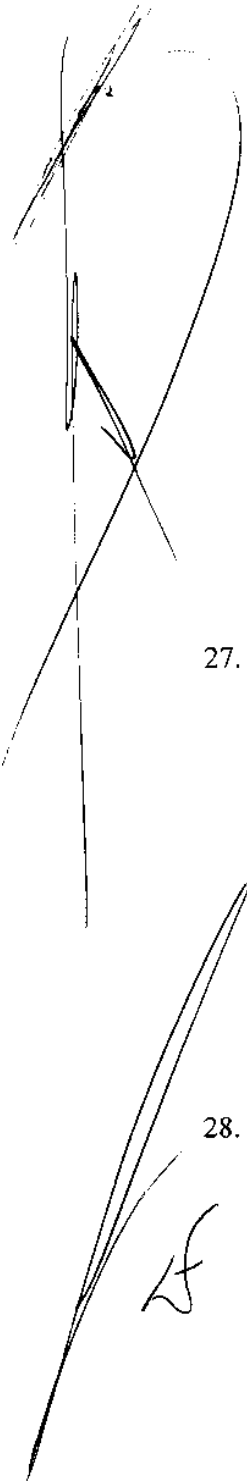


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

18



una AFP con el objeto de que ésta administre y, en su caso, aumente su fondo pensionario. Sin embargo, la teoría económica cuestiona cómo puede el actor principal estar seguro de que el agente actuará realmente de acuerdo a sus intereses. En ese sentido, se distinguen hasta tres diferentes perspectivas para dar respuesta a esta interrogante, basadas en mecanismos de monitoreo, cooperación e incentivos. El primero está referido a la supervisión que ejercería el actor principal o un sujeto y/o entidad especializada en la materia sobre el agente, con el objeto de que observe su labor y señale ciertas pautas a seguir (en mayor beneficio del principal), que en el caso concreto es la SBS, que ha cumplido con dicha labor al supervisar a las AFP que operan en nuestro mercado. La cooperación pretende que tanto principal como agente resulten beneficiados con su relación contractual, obteniendo de ella lo que desean, por lo que el principal exigiría un cobro adecuado de comisiones, además de una correcta administración e incremento de su fondo pensionario, mientras que una AFP exigiría, en cambio, mayor autonomía y mejores comisiones y/o incentivos.

27. En el tema materia de análisis, mayor importancia adquiere el mecanismo de los incentivos. El actor principal podría obtener algunos indicadores respecto del esfuerzo, interés y motivación del agente, a partir de la contribución de un incentivo a este último. Si el agente toma sus riesgos y consigue un mayor ingreso, corresponderá también que su comisión se incremente. En caso de que no tome riesgo alguno, su retribución no sería tan alta como en el caso de que sí lo obtuviera. En este aspecto en particular, un incentivo lo constituye, por ejemplo, el proceso de licitación pública que ganará la AFP que ofrezca una menor comisión, según dispone la ley impugnada. Aparte de la afiliación compulsiva a través de una licitación, se sustenta en el sistema de comisión por saldo, donde el afiliado tiene la seguridad de que la AFP a la que contrató, administrará e incrementará su fondo pensionario, a partir del cual este último cobrará su comisión por los servicios prestados, tal como se explicará *infra*.
28. La realidad también nos puede dar una pauta sobre la falta de coherencia entre las comisiones cobradas a los trabajadores afiliados y los beneficios de las AFP. El primero de los gráficos a presentar es el referido a la relación existente entre las comisiones y el crecimiento de los fondos de pensiones. En él se observa que si bien los segundos han aumentado ostensiblemente lo que debió devenir en menores comisiones, éstas casi se han mantenido en el tiempo, incluso con un cierto grado de aumento.



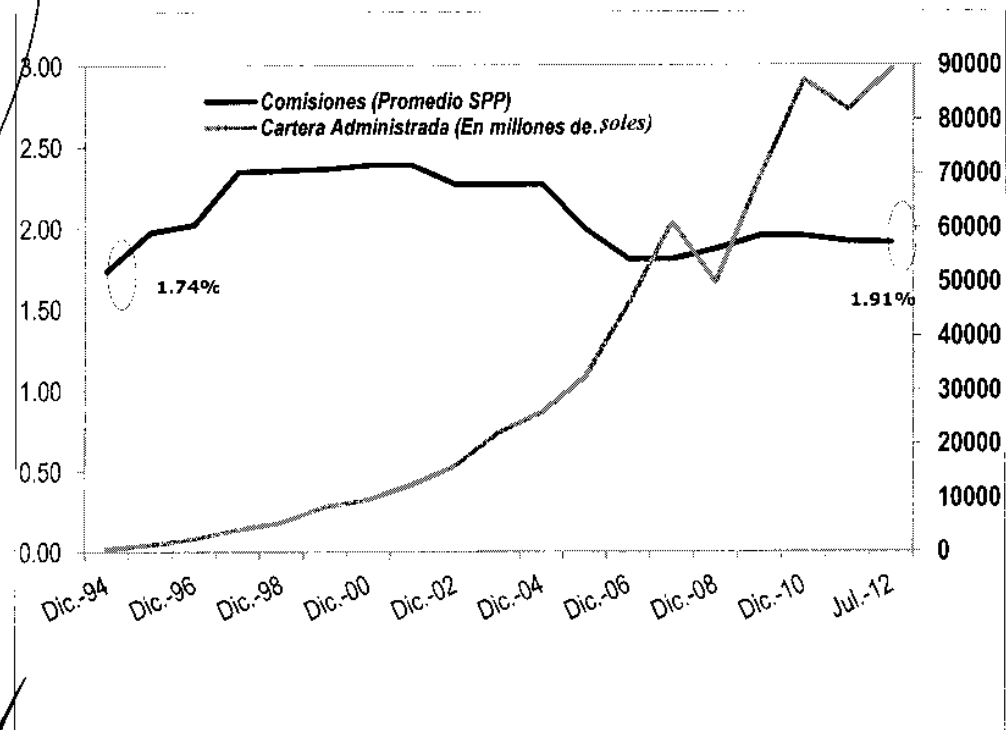
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

19

Gráfico 6.- Evolución de comisiones y fondo de pensiones. De 1994 al 2012



Fuente: SBS

29. Otro gráfico, al cual se regresará más adelante, es el que demuestra la poca relación entre la rentabilidad de los fondos y los rendimientos de las AFP. En un horizonte temporal menor (a diferencia del anterior que parte de 1994, en éste va desde 1998), se puede observar que las cifras demuestran que en promedio los retornos de las AFP durante la última década y media han crecido en un volumen importante, en cierta forma relacionados con el cobro de las comisiones por administración de las cuentas individuales, mientras, por su lado, los fondos de los afiliados nunca se han desarrollado a su ritmo.



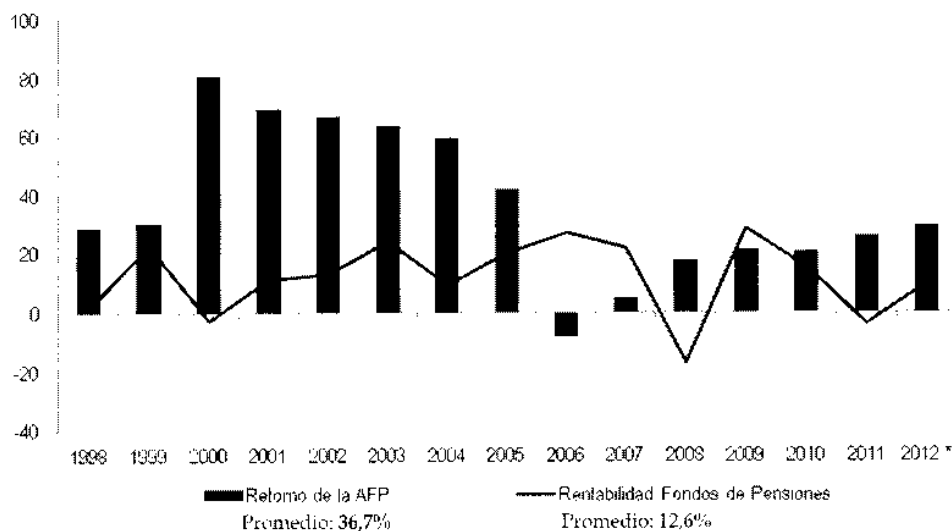
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

20

Gráfico 7.- Evolución de retornos de las AFP y de la rentabilidad de los fondos. De 1998 al 2012



Fuente: SBS

30. De lo expresado, el interés de los usuarios por pagar menores comisiones avalaría, a juicio del Tribunal Constitucional, una intervención como la precisada en la cuestionada Ley 29903. Tras determinar que dicha finalidad resultaría constitucionalmente legítima, es válido afirmar que la licitación por dos años de las cuentas individuales de los nuevos afiliados cumpliría objetivos acordes a la Norma Fundamental.

A.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL INVOLUCRADO

31. Determinados los objetivos, corresponde a este Colegiado definir cuál es el derecho fundamental que está en juego. En una demanda se plantea únicamente la vulneración de la libertad de contratar y la otra alega tanto la violación de ésta como la del derecho al acceso a la pensión.

(a) Entre libertad de acceso a la pensión y libertad de contratación

32. En su jurisprudencia, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la relación entre el acceso a la pensión y la libertad de contratación. Parte de señalar que si bien la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, en vista de que las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un período de tiempo (STC 0050-2004-AI/TC y otros), en el caso de la afiliación al sistema privado, existe un contrato que rige la relación entre la AFP y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

21

sus afiliados. Al respecto, expresa que *“La invocación a la libertad contractual supone (...) un mecanismo que favorece un fin específico, esto es la consolidación del SPP. Sin embargo, la Constitución no ha establecido ninguna disposición que reconozca tal preferencia, pese a que en la situación reinante en la década pasada pudo aceptarse la promoción de las afiliaciones. La neutralidad en la actividad económica del Estado en este tema resulta indispensable, puesto que toda vez que existen entes públicos y privados compitiendo en el mercado, cualquier medida legislativa que intervenga para favorecer determinado sistema, puede eventualmente ser considerada contraria a tal neutralidad. Por su parte, el libre acceso a las prestaciones de pensiones supondría la posibilidad de que el recurrente consiga mayores beneficios tangibles en el disfrute de su derecho a la pensión. En consecuencia, el optimizar el libre acceso a la pensión permite mayores ventajas a la hora de evaluar las finalidades a las que sirve cada principio (...)”* (fundamento 34.d de la STC 1776-2004-AA/TC).

33. Frente a este argumento, el procurador público del Congreso niega cualquier vulneración al libre acceso a la pensión por considerar que su contenido no salvaguarda la elección dentro del sistema privado, sino únicamente la elección entre este sistema y el público (contestaciones de demanda). No puede alegarse, *ergo*, la vulneración del artículo 11 de la Constitución porque la ley impugnada no implica la elección de una determinada AFP. Sustenta su postura en que la STC 1776-2004-AA/TC en su fundamento 17 efectivamente habla del ‘acceso a los sistemas de pensiones’, redacción que le hace suponer lo que asevera.
34. Esta interpretación, no obstante, es antojadiza y equívoca. Con cargo de ser explicado en el siguiente punto de la presente sentencia, la STC 1776-2004-AA/TC importa la posibilidad de elegir a cuál AFP el trabajador va a afiliarse dentro del sistema privado de pensiones, si bien requiere la firma de un contrato, implica necesariamente el ejercicio del derecho al libre acceso a las pensiones. Por tanto, constreñir al bolsón de nuevos afiliados al sistema a afiliarse a la AFP que gane la licitación implicaría una coacción irregular a su capacidad de decidir sobre la entidad que desea que administre su cuenta individual de capitalización (CIC) con base en el aludido artículo 11.
35. De lo afirmado, no es que sea impropio alegar que la norma impugnada está afectando la libertad de contratar. Según este derecho, la persona puede *“(...) contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”*, resultando importante añadir que *“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (...)”* (artículos 2.14 y 62 de la Constitución). Este derecho, basado en la autonomía de la voluntad, incluye la *“(...) libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata (...)”* (fundamento 2 de la STC 2185-2002-AA/TC), además de contener la autodeterminación de los afiliados de poder elegir al cocelebrante del contrato (STC 1535-2006-PA/TC).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

22

36. Pese a esta explicación, a juicio de este Colegiado, si bien la decisión sobre con quién los nuevos afiliados contratan está involucrada en la licitación de las cuentas, el análisis debe realizarse a partir del libre acceso a las pensiones, en virtud de la especial obligación del Estado a la supervisión del eficaz funcionamiento del sistema, previsto en el artículo 11 de la Constitución y en el deber que tiene de promover el bienestar general fundamentado en la justicia, según el artículo 44 de la Constitución, lo cual hace diferenciar la afiliación a una AFP de cualquier otro contrato.

(b) La libertad de acceso a la pensión como parte del derecho a la pensión

37. Definido el derecho fundamental en juego (el libre acceso a las pensiones) es preciso efectuar una mayor explicación acerca de su contenido. De conformidad con el artículo 11 de la Constitución, “El *Estado garantiza el libre acceso (...) a pensiones (...)*”, norma jurídica de textura abierta que consagra un derecho fundamental, como principio desde la teoría argumentativa, de configuración legal, cuya finalidad central es posibilitar al individuo a cubrir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la ‘procura existencial’ cuando concluya su etapa productiva-laboral (STC 0050-2004-AI/TC y otros), un seguro contra diversos riesgos, en particular contra la incertidumbre por la expectativa de vida luego del retiro del mercado laboral por edad avanzada. Como derecho social, la pensión se considera como un derecho de configuración legal (STC 1417-2005-PA/TC), no una limitada norma programática (STC 0050-2004-AI/TC y otros), sino que engloba una serie de medidas por parte del Estado. A partir de esta interpretación constitucional emana la intervención pública en materia previsional.

38. La pensión tiene su fundamento en la seguridad social, reconocido en el artículo 10 de la Constitución como una forma de protección de la persona “(...) *frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida*”. El artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) proclama el derecho de toda persona a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física y mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. La seguridad social es entendida como un instituto constitucionalmente garantizado, que comprende un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos (STC 0011-2002-AI/TC), cuyo propósito es coadyuvar a la calidad y el proyecto de vida de la comunidad, bajo el signo de la doctrina de la contingencia, expresando por excelencia la función social del Estado tras la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros; STC 1417-2005-PA/TC). El sistema privado también está catalogado como una forma de seguridad social.

39. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la pensión tiene sus fundamentos en los principios de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), de igualdad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

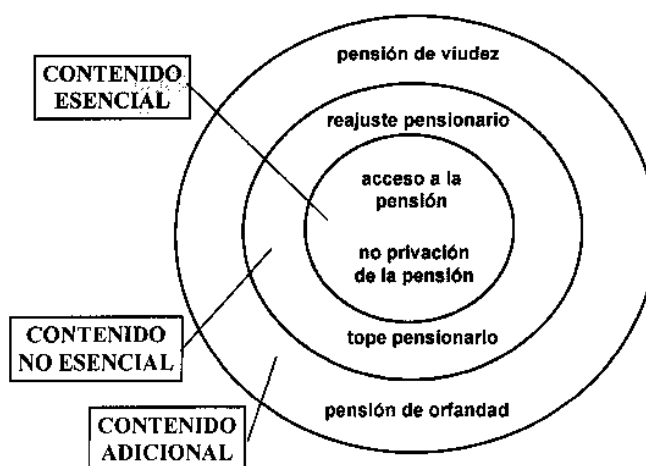
Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

23

(artículo 2.2 de la Constitución), de solidaridad (STC 0011-2002-AI/TC), de progresividad (artículo 2 de la Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas) y de equilibrio presupuestal (artículo 78 de la Constitución).

40. El derecho fundamental a la pensión, a juicio de la STC 0050-2004-AI/TC y otros, tiene un triple contenido: uno esencial (acceso a la pensión, no ser privado arbitrariamente de ella y pensión mínima vital), uno no esencial (compuesto por los topes y los reajustes pensionarios) y uno adicional (beneficiarios). El concepto del contenido esencial, proveniente de la teoría de derechos fundamentales, y afecto a las evoluciones y a los consensos sociales, es trasladado posteriormente al ámbito procesal, a partir del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, configurándose el contenido constitucionalmente protegido del derecho, desarrollado por la STC 1417-2005-PA/TC (fundamento 37), conformado por el libre acceso al sistema, la obtención de una pensión y el mínimo vital.

Gráfico 8.- El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión



Elaboración: Propia (STC 0050-2004-AI/TC y otros)

41. Más allá de otros bienes y derechos constitucionales que pueden tutelarse indirectamente -como la igualdad-, la protección del derecho fundamental a la pensión en sede constitucional se encuentra constituida por lo siguiente:
- El acceso a un monto pensionario (STC 0050-2004-AI/TC y otros), cuando tras culminar su etapa laboral cumpla con los requisitos exigidos por las disposiciones legales (STC 1417-2005-PA/TC).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

24

- No ser privado arbitrariamente de la pensión (STC 0050-2004-AI/TC y otros), que incluye la protección ante las injustificadas suspensiones y nulidades de la pensión (interpretación extensiva de la STC 1417-2005-PA/TC).

Contar con una pensión mínima vital, ligado al principio de dignidad. Si bien se basa en una teoría valorista y no nominalista, a efectos de que el monto esté plenamente garantizado frente a eventuales fenómenos económicos que podrían terminar por vaciar de contenido el derecho (STC 0050-2004-AI/TC y otros), para el caso de los procesos de tutela de derechos se prefirió establecerlo en un monto fijo, que asciende a S/. 415,00 (STC 1417-2005-PA/TC). La problemática de la diversidad de montos establecidos para la pensión mínima en los sistemas previsionales en el país se encuentra en la STC 0659-2007-PA/TC.

- El libre acceso por parte de los trabajadores a los sistemas previsionales, de acuerdo al régimen laboral en que se encuentre (STC 1417-2005-PA/TC).

42. Este Tribunal ha desarrollado en diversas sentencias el contenido del derecho al libre acceso a las pensiones a partir del artículo 11 de la Constitución que, como ya se indicó, a la letra señala lo siguiente: *“El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de (...) a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas (...)”*. En la STC 0050-2004-AI/TC y otros, este Colegiado definió como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el derecho-regla del acceso a la pensión, bajo el signo de una universalidad reinterpretada como ‘proceso de generalización’, concepto precisado en la STC 1417-2005-PA/TC, al señalar que no sólo incluye el obtener un monto pensionario sino también ser parte de un régimen de aportación dentro de un sistema previsional en calidad de afiliado (fundamento 37.a).

43. Posteriormente, se amplía dicho contenido al sistema privado en vista de que en las precitadas sentencias hacían referencia con exclusividad al sistema público. Según la STC 1776-2004-AA/TC, el sistema privado no implica una afiliación forzosa, sino un acto voluntario del trabajador que solicita su afiliación, optando por éste antes que por el público. La afiliación implica una decisión racional por parte del trabajador de optar por qué tipo de ahorro desea: un ahorro colectivo en el sistema público o uno privado, en el sistema privado. Permitió que las personas puedan moverse entre los sistemas público y privado, según las reglas establecidas en la STC 1776-2004-AA/TC y en la STC 0014-2007-PI/TC. El libre acceso a la pensión, por tanto, incluía la libre elección de la AFP de los afiliados, argumento que justamente sirvió para ampliar su contenido al del retorno parcial, que se estableció bajo las causales de ausencia de información, de titularidad no ejercida y de los trabajadores cuya labor implica riesgo para la salud y la vida (STC 1776-2004-AA/TC; STC 7281-2006-PA/TC; STC 0014-2007-PI/TC), situación reconocida en su momento por la Ley 28891 y la Resolución SBS 11718-2008.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

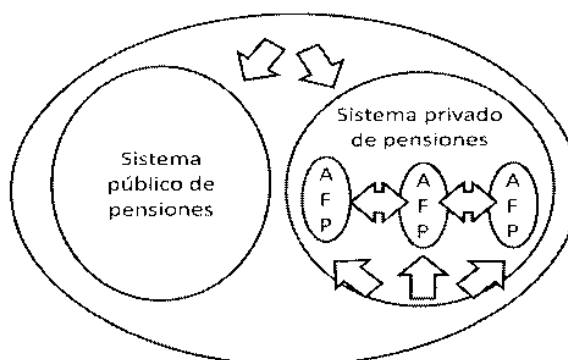
STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

25

44. Dentro del libre acceso a las pensiones se incluye la libre afiliación a una AFP. En la mencionada STC 1776-2004-AA/TC, si bien amplía el concepto del libre acceso a las prestaciones, por la naturaleza de lo impugnado en ese caso (el retorno de los aportantes del sistema privado al público), señala que tal derecho-regla incluye justamente la libertad de traslado entre los sistema público y privado, incluso estableciendo que es constitucional el plazo de 10 días para la elección, pero deben estar plenamente informados siguiendo el artículo 65 de la Constitución (STC 0014-2007-PI/TC). En ningún momento de la sentencia expresa, como lo afirma el demandado, que éste es el único contenido del derecho. Incluso, para justificar este traslado se basa en “(...) las posibilidades que sí han sido aceptadas dentro del ámbito legal”, dentro de las cuales se encuentra el traslado dentro del sistema privado, la misma que se expresa en que “(...) el afiliado está en la capacidad de cambiar de AFP en el momento que así lo decida (...)” (fundamento 25 de la STC 1776-2004-AA/TC). De esta forma, desde la precitada sentencia, el Tribunal ha venido reconociendo que el libre acceso a la pensión también incluye la posibilidad de que el trabajador pueda optar no sólo por uno de los sistemas pensionarios, sino que también, en caso de haber escogido el privado, por la AFP en la cual va a estar afiliado.

Gráfico 9.- El contenido del derecho fundamental al libre acceso a la pensión



Elaboración: Propia

A.3. LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN PENSIONARIA A TRAVÉS DE LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA

45. Los congresistas demandantes alegan que el artículo 7-A impugnado atenta contra la Constitución “(...) en la medida que el afiliado se verá obligado a afiliarse a la AFP que ofrezca la menor comisión violando su derecho a que él pueda elegir libremente a qué AFP desea afiliarse en función a sus preferencias y criterios personales, resulta a todas luces inconstitucional, pues está direccionando su afiliación hacia una determinada AFP aun cuando fuera por tiempo determinado (24 meses)” (acápite 4.1 de la demanda). Esto significa, a juicio del congresista



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

26

don Javier Bedoya de Vivanco, que se está reconociendo "(...) un acceso orientado, dirigido, encasillado" (intervención en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).

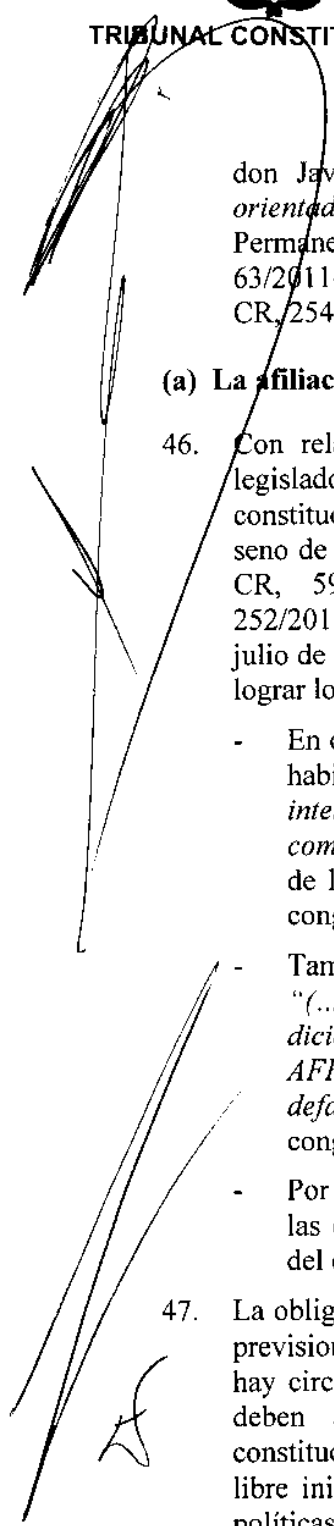
(a) La afiliación obligatoria como medida de interferencia limitada

46. Con relación al examen de la ley impugnada, es preciso señalar lo que el legislador democrático consideró como la mejor manera de proteger los objetivos constitucionales que la afiliación obligatoria buscaba. En el debate realizado en el seno de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012, se dieron opciones distintas a la afiliación obligatoria temporal para lograr los objetivos constitucionales propuestos:

- En caso de comprobarse el abuso de la posición oligopólica, el Estado estaría habilitado a la fijación de precios, línea utilizada para proponer que "(...) intervenga el Estado para establecer cuánto tienen que cobrarnos por comisiones (...)", referido a una comisión *flat* mínima que cubran los gastos de las AFP por administrar los fondos más una por éxito (intervención del congresista don Yonhy Lescano Ancieta).
- También se plantea que la comisión se fije vía un *default* legal, planteado "(...) para que sea cada cuatro meses, cerrando en abril, en agosto y en diciembre, donde la Superintendencia de Banca y Seguros indicará cuál es la AFP de menor costo, y ahí se irán los trabajadores automáticamente por default, siempre que, obviamente, no opinen lo contrario" (intervención del congresista don Luis Galarreta Velarde).
- Por último, también se barajó la posibilidad de que las AFP puedan devolver las comisiones cobradas si incumplen la política de inversión (intervención del congresista don Yonhy Lescano Ancieta).

47. La obligatoriedad de las personas para que pertenezcan a un determinado sistema previsional, tal como está establecido en la STC 1417-2005-PA/TC, se da porque hay circunstancias que preceden a este tipo de intervención pública, máxime si deben atacarse situaciones incompatibles con los valores y principios constitucionales (STC 0014-2007-PI/TC). Si bien el Estado colabora y orienta la libre iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución), a través del diseño de políticas públicas que fomenten un desarrollo equilibrado de la sociedad, se constriñe a contrarrestar las fallas del mercado.

48. Si todo trabajador guardase de manera planificada y racional la mayor cantidad de dinero posible durante su vida laboral en alguna de las entidades existentes para





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

27

administrar sus fondos, la intervención pública, de forma directa (administración) o indirecta (supervisión), tendría escasa justificación. Pero la realidad ha demostrado que la situación fáctica supera a la ideal. La decisión de la persona para reservar parte de su sueldo para su jubilación se ve mediatizada por una función de utilidad, que depende de la tasa de sustitución intertemporal y la tasa de descuento, que hace que la mayoría de veces el trabajador termine valorando la utilidad futura como menor que la presente, realizando un ahorro nulo. El nivel de previsión durante toda la vida activa de una persona, el grado de aversión al riesgo y cuándo subestimar o sobreestimar erróneamente sus necesidades de vejez determina la elección entre consumo presente y futuro. Por ello, tomando en cuenta las distintas fallas del mercado que están en juego, especialmente la asimetría informativa (artículo 65 de la Constitución), y dentro de ella, la aversión al riesgo, se produce una intervención a través de la obligatoriedad del ahorro, la misma que toma en cuenta la complejidad de la planificación, reflejada no sólo en la incertidumbre en la esperanza de vida, sino también en el costo económico y el tiempo para calcular cuál sería el ahorro necesario.

49. La intervención pública previsional debe cumplir con diversos objetivos mínimos indispensables, de corte social y económico, coherentes con los elementos del derecho fundamental a la pensión desarrollados por la jurisprudencia constitucional y lo señalado por la OIT en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra en 2011, a través del Informe Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, referida a los objetivos principales de la seguridad social:

Aumentar el nivel de cobertura, en vista de que un sistema pensionario ha de lograr el máximo grado posible de protección al segmento de la sociedad en la última etapa de su vida tras cumplir su ciclo laboral y luego de una trayectoria razonable de aportaciones, especialmente si se encuentran en una eventual situación de desprotección. Este objetivo está en correlación con el acceso a las pensiones, establecido en la STC 1417-2005-PA/TC.

- Lograr un monto adecuado de pensiones, es decir, que las prestaciones de los pensionistas sean suficientes para cubrir las necesidades de dicha población durante la vejez, a través de un alto nivel de ahorro y de rendimiento del fondo, en términos de la sustitución que implica la pensión con relación a la remuneración recibida mensualmente por la persona en su época de trabajador, concepto relacionado con la transferencia de la capacidad adquisitiva individual de los periodos activos a los pasivos, que suaviza el consumo a lo largo del ciclo de vida. Este objetivo surge de la dignidad pensionaria que redundará en una pensión mínima, según la STC 0050-2004-AI/TC y otros.
- Distribuir el ingreso de los pensionistas, con transferencias desde los sectores con mayores ingresos hacia los de menores, lo que implicará mitigar la pobreza en la población adulta mayor. Este objetivo tiene sustento en el principio de solidaridad establecido en la STC 0050-2004-AI/TC y otros.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

28

- En vista de que se ha convertido en el más importante programa de transferencias de renta del sector público, procurar que el sistema sea sostenible, sin déficit de financiamiento. Este objetivo surge del principio de sostenibilidad financiera establecida en la STC 0050-2004-AI/TC y otros.

Adicionalmente, el diseño de la intervención pública estriba en que el trabajador activo pueda ahorrar para conseguir los fondos necesarios en su etapa de descanso. Por tal razón, una adecuada política pública en materia previsional debe tener también como objetivo:

- Posibilitar que la mayor cantidad de personas en edad de trabajar puedan encontrarse afiliadas a los sistemas previsionales existentes en el país y que puedan aportar dentro de él. Este principio tiene sustento en la ampliación del sentido del libre acceso a las pensiones, fijado en la STC 1417-2005-PA/TC y la promoción del ahorro por parte del Estado, establecido en el artículo 87 de la Constitución.

50. Por tanto, si se consideraba que el mercado previsional privado debía ser dinamizado, era preciso ampliar la cobertura para que se incremente el poco más del 10% de la PEA ocupada que aproximadamente conforma el mercado, lo cual hubiese permitido el ingreso de nuevos operadores y con mayor competencia lo cual tendría como consecuencia que las comisiones tenderían a bajar. En esta línea, es de resaltar que la impugnada Ley 29903 recoge nuevos supuestos de afiliados, como son los independientes que no superan los 40 años (artículo 8) y los trabajadores de las micro y pequeñas empresas, a través de la nueva regulación sobre el Sistema de Pensiones Sociales (artículo 3, que modifica el Decreto Supremo 007-2008-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente). Adicionalmente para que aumente la PEA ocupada formal es preciso que se proponga una reforma laboral completa, congruente con una reforma pensionaria global, que incluya los diversos pilares de forma ordenada y coordinada, para que en vez de medidas parciales se propongan un cambio sustancial en la vida de los adultos mayores pensionistas. Asimismo, para mejorar el monto adecuado de las prestaciones a recibir, sobre todo en el ámbito del mercado pensionario privado, es preciso que también se debata una reforma del mercado financiero, especialmente de capitales para que, respetando los aportes realizados por los trabajadores afiliados a una AFP, por estar protegidos por el derecho a la pensión y la garantía institucional de la seguridad social, la rentabilidad del fondo tenga la posibilidad de crecer lo más que sea posible.

51. Frente a estas propuestas, sin embargo, la mayoría de la Comisión Permanente optó por aprobar la licitación obligatoria. A través de ésta, se produce una especie de intromisión al derecho al libre acceso a las pensiones, la cual es temporal, no para toda la vida laboral del afiliado. Sobre el tema, el entonces viceministro de Economía, don Fernando Toledo Arburúa, expresó que “*El Banco Central de Reserva (BCR), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

29

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) han afirmado que este es el mecanismo idóneo para generar competencia pues además se aplica en Chile y favoreció una reducción de las comisiones en ese país, pero los congresistas consideran que esto no es así” (Vid. <http://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/mef-afirma-que-comisiones-de-afp-peruanas-son-las-mas-altas-de-la-region>). Como lo precisa el Poder Ejecutivo, con esta fórmula se “(...) evita que algún operador intente ‘descremar’ el mercado al intentar seleccionar, mediante estrategias de marketing, a los afiliados de menor perfil de riesgo (...)” (acápito 1.1.2 del Proyecto de Ley 1213/2011-PE).

52. El término de la licitación, según lo establece el artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, es únicamente de 24 meses, es decir, sólo durante ese lapso el afiliado está impedido de cambiar de AFP. Transcurridos los dos años establecidos en la ley se habilita nuevamente la libre elección de la pensión por parte del trabajador. Una limitación de este tipo implica una injerencia media sobre el derecho fundamental involucrado, sobre todo si hay objetivos que cumplir.
53. En vista de que el proceso de licitación ya fue llevado a cabo, corresponde revisar qué ha pasado en la realidad y ver qué tanto se han cumplido las metas previstas. En julio de 2012 fue publicada la impugnada Ley 29903, y fue en octubre cuando se aplicaron las normas para la primera asignación (prelicitación) de los nuevos incorporados entre el 24 de setiembre y el 31 de diciembre de 2012, sin admitirse aún el ingreso de nuevos operadores al sistema. La asignación era un “(...) procedimiento mediante el cual los trabajadores que se incorporen al SPP, son afiliados a la AFP que ofrezca la menor comisión por administración del fondo de pensiones, de que trata el inciso a) del artículo 24 de la Ley del SPP, por un plazo de permanencia obligatorio determinado y sujeto a los mecanismos de salida que se determinen según ley y reglamentaciones correspondientes” (artículo 3.d del Título V del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Pensiones, incorporado por Resolución SBS 6641-2012). La asignación fue otorgada a AFP Prima, que redujo su comisión por remuneración de 1,75% a 1,60%. El proceso originó asimismo la disminución de las comisiones promedio por remuneración aplicadas por las demás AFP, reduciéndose de 1,91% a 1,83%.

Cuadro 3.- Impacto de la asignación de AFP sobre las comisiones por flujo. A septiembre de 2012

AFP	COMISIÓN ANTES DE LA REFORMA	COMISIÓN DESPUÉS DE LA REFORMA
Profuturo	2,14%	2,10%
Horizonte	1,95%	1,89%
Integra	1,80%	1,74%



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

30

Prima	1,75%	1,60%
Promedio simple	1,91%	1,83%

Fuente: SBS (Vid. <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=31#>)

54. Siguiendo las reglas establecidas en el Decreto Supremo 137-2012-EF, en diciembre de 2012 se realizó la primera licitación de afiliados. Fue la AFP Hábitat, ingresante al mercado, a la que se le consideró adjudicataria del bolsón de afiliados, al ofrecer la comisión mixta más baja. En la actualidad, los nuevos afiliados seguirán ingresando automáticamente a AFP Prima, que ganó un proceso de asignación hasta que la AFP Habitat esté constituida y entre en operaciones.

Cuadro 4.- Impacto de la asignación y licitación de AFP sobre las comisiones por flujo y mixta.

AFP	COMISIÓN POR REMUNERACIÓN			COMISIÓN MIXTA	
	Antes de la reforma	Después de la asignación	Después de la licitación	Propuesta de comisión por remuneración	Propuesta de comisión anual por saldo
Profuturo	2,14%	2,10%	1,84%	1,49%	1,20%
Horizonte	1,95%	1,89%	1,85%	1,65%	1,40%
Integra	1,80%	1,74%	1,74%	1,55%	1,20%
Prima	1,75%	1,60%	1,60%	1,51%	1,90%
Habitat				0,47%	1,25%
Promedio				1,33%	1,39%

Fuente: SBS

55. Como puede observarse, la AFP Hábitat ha podido ingresar al mercado tras obtener una cartera inicial de afiliados que ha aumentado de manera significativa el atractivo de entrar a la industria sin que ello haya significado que se detone una guerra comercial destructiva. Gracias a la norma impugnada, obtuvo una masa crítica, *critical mass*, que es el volumen de producción mínimo necesario para entrar a competir, suficiente como para ingresar al mercado previsional privado.
56. Del cuadro anterior se puede colegir que la reforma del sistema privado ha logrado que, al ingresar una nueva AFP, ésta ofrezca una comisión sobre el flujo equivalente a la tercera parte del promedio de lo que cobran las otras AFP.



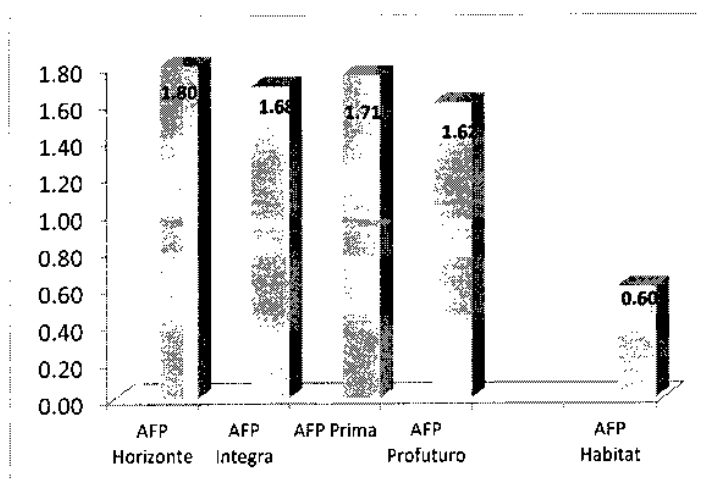
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

31

Gráfico 10.- Impacto de la primera licitación en la comisión por flujo



Fuente: SBS

57. De manera simultánea, el proceso de licitación ha permitido una segunda disminución de la comisión por remuneración. Así, la comisión por remuneración en el sistema pasó de 1,83% a 1,76%, debido a que AFP Profuturo y AFP Horizonte bajaron sus comisiones, de 2,14% a 1,84% en el primer caso y de 1,89% a 1,85% en el segundo. Recientemente, en mayo de este año, AFP Integra ha anunciado que su comisión por flujo bajará a 1,60%, disminuyendo la comisión mixta a 1,45%.
58. Así como los datos fácticos parecen dar razón al demandante respecto del efecto que tendrían las normas impugnadas con relación a la reducción de las comisiones, aunque es muy complejo el análisis relativo a la comisión mixta, el argumento de que con la licitación también habría dinamizado la competencia, en el mercado previsional privado, en un primer momento fue comprobado. Tal como se acaba de mencionar, AFP Hábitat ganó la licitación y se encuentra presta a ingresar al mercado, y recientemente la SBS le autorizó su funcionamiento, por un procedimiento de vía rápida, *fast track*. Sin embargo, en los últimos días, AFP Horizonte ha sido traspasada por partes iguales a AFP Profuturo y AFP Integra, por lo que el mercado en estos momentos está compuesto por tres operadores y próximamente otra vez por cuatro.

(b) La comisión como única consideración para la afiliación

59. De las disposiciones impugnadas fluye que la licitación tiene como referencia únicamente el pago de comisiones, es decir, el Estado se subroga en el lugar del trabajador sólo observando la comisión a ser cobrada por la AFP. Esta decisión puede ser cuestionada por tomar en cuenta únicamente para la licitación uno de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

32

los criterios que los trabajadores deben analizar cuando deciden a qué AFP afiliarse o a cuál trasladarse.

60. Es preciso recordar que este Colegiado ha precisado que hay que tomar en cuenta que el sistema privado implica un acto voluntario del trabajador que solicita su afiliación, optando por éste antes que por el público (STC 1776-2004-AA/TC). Asimismo, siguiendo lo establecido en el artículo 65 de la Constitución, este Tribunal también expresó que el Estado está obligado a proteger la “seguridad” del usuario, “(...) una de cuyas manifestaciones, desde luego, es la seguridad jurídica que debe estar presente en el momento de su afiliación a su sistema previsional, en el correcto entendido de que debe contar con todos los elementos de juicio relevantes que le permitan pronosticar el goce de un quantum pensionario acorde con el principio-derecho fundamental a una vida digna que dimana del artículo 1 constitucional” (fundamento 18 de la STC 0014-2007-PI/TC).
61. Que la Ley 29903 se haya fijado como criterio privativo para subrogarse en el lugar del trabajador la búsqueda de menores comisiones, parece no ser coherente con lo establecido por el fundamento transcrito. Por tal razón, las normas impugnadas deben ser interpretadas juntamente con el artículo 7-E del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903. Según este dispositivo, “Los trabajadores que se hayan incorporado a la AFP adjudicataria, solo podrán traspasarse a otra durante el período de permanencia obligatorio, cuando aquella se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: a) La rentabilidad neta de comisión por tipo de Fondo de la AFP adjudicataria sea menor al comparativo del mercado (...)”.
62. Junto con la comisión, el legislador se preocupó indirectamente no sólo por la comisión a pagarse sino también por la rentabilidad neta de comisión. Un segundo elemento está tomando en cuenta el Estado para decidir por el trabajador, en la idea de que de esta forma se protegen mejor sus intereses. En caso de que dicha rentabilidad sea inferior al *benchmark* del mercado, la obligatoriedad de la afiliación desaparecería. Esto es lo que el demandado llamó “limitación relativa”. El Poder Ejecutivo, en dicho sentido, precisó que “(...) esta medida rompe la inercia del mercado al instaurar un mecanismo que replique un ambiente en donde la demanda responde a atributos deseables del mercado (baja comisión y alta rentabilidad)” (acápite 1.1.1 del Proyecto de Ley 1213/2011-PE). Esta postura es compartida por un economista dedicado a la investigación en una reconocida universidad nacional, quien aconsejó a los nuevos afiliados fijarse en la rentabilidad en vez de en la comisión, pasado el plazo de permanencia obligatorio, pues “Un punto de aumento en la rentabilidad hace que la pensión suba como diez, mientras que un punto de reducción en la comisión que se cobra va a afectar muy poco la pensión. Por ello, prefieran ir a la AFP que tenga más rentabilidad y no a la que cobre menos” (Vid. <http://gestion.pe/tu-dinero/consejos-elegir-tipo-comision-afp-2053028>).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

33

63. La gran pregunta que fluye en este momento es cómo puede enterarse el trabajador de que la AFP adjudicataria de su CIC no cumple con el estándar antes explicado. Genéricamente, se ha establecido en la Décimo Octava Disposición Final y Transitoria del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, una mayor responsabilidad de las AFP. Se les exige mejores esquemas de orientación e información a los “trabajadores efectivamente afiliados” al ser ésta una “(...) una condición de exigencia de la provisión del servicio” (acápito d).
64. A juicio de este Colegiado, la única forma en que las normas impugnadas sean declaradas constitucionales es que el afiliado sea adecuadamente informado sobre la situación de sus fondos, por lo que una medida como ésta es juzgada como insuficiente. Para ello, el Estado, como sujeto pasivo del derecho a la pensión, debe asumir ciertas obligaciones y responsabilidades constitucionales tales como las establecidas en el artículo 87 de la Constitución que reconoce a la SBS su calidad de ente contralor de las empresas administradoras de fondos de pensiones (STC 1776-2004-AA/TC). Esta responsabilidad es coherente con la asignada en el artículo 11 de la Constitución.
65. En el caso de la información requerida, esta exigencia a favor de los usuarios, prevista en el artículo 65 de la Constitución está en relación directa con el derecho fundamental a la información, previsto en el artículo 2.4 de la misma. La información es un bien indispensable en la configuración del Estado social y democrático de derecho, pues a partir de ella la población tendrá el conocimiento como para aprender a discernir y tomar las decisiones más adecuadas en su vida, habiéndose configurado como la piedra angular de la democracia (Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5, Sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas) y del mercado (STC 1776-2004-AA/TC).
66. Cuando una persona ingresa al portal de la SBS (*Vid.* <http://190.102.151.31/0/home.aspx>) y da *click* en el botón Sistema Privado de Pensiones, encuentra una serie de datos, a saber: Variables SPP, Valorización de Instrumentos, Productos Previsionales y Multifondos. La pregunta que correspondería hacerse es cómo dentro de esa amplia gama de referencias, útiles sin lugar a dudas, podrá guiarse para decidir si la rentabilidad neta de comisión de la AFP a la cual fue afiliado compulsivamente es inferior al *benchmark* del mercado. Todo puede resultar confuso para los nuevos afiliados, no familiarizados con los conceptos utilizados por el sistema privado.
67. Por tal razón, hay que tener en cuenta la posición constitucional de la SBS, que como garante de las pensiones en el ámbito privado, le corresponde un rol activo en el sentido de informar a los nuevos afiliados, más allá de lo que las AFP puedan realizar. Por ello se le exige que cumpla esta función de la siguiente manera:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

34

- Que la información que provea sea objetivamente veraz y suficiente con relación a todos los aspectos relevantes de cada sistema. Se sigue en este punto lo señalado en la STC 0014-2007-PI/TC.
- Que la información sea de sencillo acceso en su portal (www.sbs.gob.pe).
- Que la información sea de fácil comprensión para todos los afiliados.

68. Coherente con el derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución, a entender de este Colegiado se debe interpretar los artículos 1 y 2 de la Ley 29903, en la parte que modifica e incorpora los artículos 6 y 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referida a la afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados por el lapso de dos años, siempre y cuando se respete el principio de proscripción de una rentabilidad neta de comisión por tipo de fondo de la AFP adjudicataria menor al comparativo del mercado, establecido en el artículo 7-E del Decreto Supremo 054-97-EF, de acuerdo a la información objetivamente veraz, suficiente, de sencillo acceso y de fácil comprensión brindada por la SBS. Ello no significa, en modo alguno, un riesgo para las inversiones llegadas al país luego de la primera licitación.

B. COMISIÓN POR SALDO

Normas impugnadas

69. Los accionantes solicitan que sea declarada la inconstitucionalidad del artículo 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, referido a la Retribución de las AFP, que expresa que *“Las AFP perciben por la prestación de todos sus servicios una retribución establecida, de acuerdo al siguiente detalle: (...) d) Solo para el caso de los nuevos afiliados de la AFP adjudicataria de la licitación a que se refiere el artículo 7-A, se aplicará: Por la administración de los aportes obligatorios a que se hace referencia en el inciso a) del artículo 30, una comisión integrada por dos componentes: una comisión porcentual calculada sobre la remuneración asegurable del afiliado (comisión sobre el flujo) más una comisión sobre el saldo del Fondo de Pensiones administrado por los nuevos aportes que se generen a partir de la entrada en vigencia de la primera licitación de que trata el artículo 7-A (comisión sobre el saldo). Si el afiliado no obtiene una remuneración asegurable o ingreso no se le aplicará el cobro de la comisión sobre el flujo (...). Una vez agotado el plazo a que hace referencia el presente artículo, solo se aplicará la comisión sobre el saldo (...). Para los afiliados existentes, resultará de aplicación una comisión mixta respecto de sus nuevos aportes, salvo que manifiesten su decisión de permanecer bajo una comisión por flujo, en los plazos y medios que establezca la Superintendencia (...).”*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

35

Alegatos de los demandantes

70. Para quienes plantean la demanda de inconstitucionalidad, el cobro de la comisión sobre el saldo (fondos pensionarios de los afiliados), que es parte de la comisión mixta, atenta contra la intangibilidad de los fondos, pues la retribución que percibirán las AFP va a cobrarse a partir de las cuentas de cada afiliado, destinándose el fondo establecido en la CIC para un fin distinto al pensionario, además de contrariarse un régimen previamente contratado por los afiliados.

Alegatos del demandado

71. A juicio del apoderado del Congreso, en vista que la comisión sobre el saldo del fondo forma parte de la retribución que hace el afiliado a la AFP por el servicio prestado, por lo que no vulnera ninguna norma constitucional.

B.1. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA ADOPTADA

72. En la impugnada Ley 29903, los trabajadores afiliados retribuyen a las AFP a través de una comisión mixta, la misma que está compuesta por una comisión por flujo (remuneración) y una por saldo por los nuevos aportes que se generen a partir de la entrada en vigor de la ley impugnada, con la tendencia a una reducción progresiva del porcentaje de la primera hasta su desaparición en el plazo de 10 años. La discusión se centra en la validez constitucional de la comisión sobre el saldo. Siguiendo los argumentos esgrimidos por el demandado para verificar la constitucionalidad de la medida, se pueden encontrar dos argumentos que la justifican, que son explicados a renglón seguido.

(a) Alinear intereses entre AFP y afiliados

73. En primer término, el demandado señala que, en el actual esquema de comisión por flujo, los intereses de las AFP y de los afiliados están en conflicto, pues los primeros buscan maximizar sus beneficios y, por el contrario, los segundos, desean maximizar su cuenta individual a fin de gozar de una mejor pensión al momento de jubilarse. Nada articularía los propósitos de ambos (contestación de demanda). Tal situación, a juicio de la Comisión de Defensa del Consumidor, se produciría debido "(...) a que independientemente de que las AFP generen ganancias o pérdidas al fondo (del afiliado) las AFP igual cobran. Es decir, las AFP no comparten con el afiliado los riesgos resultantes de su administración" (Dictamen de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012), lo cual facilita que se cobre "(...) un porcentaje de nuestro saldo independientemente del resultado" (intervención del congresista don Jaime Delgado Zegarra en el debate de la Comisión Permanente, del 4 de julio de 2012).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

36

74. En el gráfico 7 presentado *supra*, referido a la evolución de retornos de las AFP y de la rentabilidad de los fondos, desde el año 1998 hasta el 2012, se formulaba una necesidad de que los logros de AFP y de afiliados confluyeran. Como datos adicionales, se encuentra que la cartera de fondos previsionales a cargo de las AFP totalizó S/. 88.768 millones a junio del 2012, de los cuales S/. 87.881 millones corresponden al fondo de pensiones y S/. 887 millones al encaje, según datos de la SBS, de los cuales S/. 9.240 millones se encuentran en el fondo tipo 1; S/. 61.424 millones en el fondo tipo 2, y los restantes 18,105 millones están en el fondo tipo 3.
75. Bajo este presupuesto, la aludida comisión “(...) *incentiva a las AFP a una mejor gestión de los fondos y por lo tanto, alinea mejor los intereses de los trabajadores con los de las AFP (...)*” (Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012). Es así como se estaría procurando una mejora sustancial en la situación del afiliado, que en tanto consumidor tiene derecho a ello (artículo 65 de la Constitución), lo que, a juicio de este Colegiado, puede considerarse un objetivo constitucionalmente admisible.

(b) Permitir mayor disponibilidad de remuneración

76. El accionado expresa también que con la norma impugnada se permite disponer de una mayor parte de la remuneración, “(...) *al liberarla del descuento correspondiente a la comisión que paga el nuevo afiliado, lo que beneficiará sobre todo a los trabajadores de menores ingresos*” (acápito IV.b de la contestación de demanda). Con este argumento, sería posible alegar que la comisión por saldo permitiría mejores condiciones de vida para los trabajadores. Si se toma en cuenta que el trabajo “(...) *Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona*” (artículo 22 de la Constitución), una reducción en el cobro de tales comisiones involucraría mayor disponibilidad de dinero, máxime si “*El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (...)*” (artículo 24 de la Constitución).
77. La comisión de cada nuevo trabajador que se afilie dependerá de cuánto pueda ahorrar en su CIC, tema que puede ser explicado desde la “teoría de generaciones superpuestas”, desde un punto de vista simplificado. Una persona vive en dos momentos distintos durante su vida desde que comienza a trabajar. En el primero, t , su juventud le permite trabajar, recibiendo w_t por salario, que es dividido entre consumo actual (c_t^y) y ahorro en una CIC para la siguiente etapa (S_t), es decir, $w_t = c_t^y + s_t$. El ahorro que realice dependerá de las preferencias, la restricción presupuestaria y la obligatoriedad, existencia, naturaleza y variedad de entidades administradoras de fondos. En el segundo periodo ($t+1$), que es el de la jubilación,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

37

las personas ya no trabajan y viven de sus ahorros. Como época de descanso, el adulto mayor realiza un consumo (c_{t+1}^o), que es igual al ahorro previsional anterior más los intereses o beneficios, y al no existir un periodo $t+2$ ya no ahorra. En general, en esta época se observa que $s_t = c_{t+1}^o$.

78. En la comisión por flujo, del consumo actual (c_t^y), una parte es separada por el trabajador para destinarla al pago de la comisión (c_0^f), que trae como consecuencia la reducción del consumo actual ($c_t^y - c_0^f$). Sin embargo, en la comisión por saldo, ésta ya no es pagada del consumo actual, tal como fue señalado como justificación constitucional (permitir mayor disponibilidad de recursos), sino que se detrae del ahorro que va realizando la persona, por lo que el afiliado tendrá *prima facie* menor ahorro en su CIC ($s_t - c_0^f$), lo que redundará en el momento en que el trabajador se convierta en jubilado, cuando su nuevo consumo ($n_{c_{t+1}^o}$) también se tendrá que reducir en la misma proporción: $n_{c_{t+1}^o} = c_{t+1}^o - c_0^f$.
79. De lo observado, con independencia de si hay afectación a los fondos de la CIC, el objetivo constitucional de contar con mayor disponibilidad de remuneración, justifica la existencia de las normas impugnadas, que determinan la existencia de una comisión por saldo.

B.2. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL INVOLUCRADA

80. Del debate existente entre las partes del presente proceso, el centro de la discusión constitucional sobre la comisión por saldo estriba en si vulnera o no la intangibilidad de fondos pensionarios, a la vez de relacionar esta garantía institucional del derecho a la pensión con la propiedad sobre los fondos.

(a) La intangibilidad de los fondos pensionarios

81. Según el artículo 12 de la Constitución, "*Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles (...)*". De la lectura del diario de los debates del Congreso Constituyente Democrático, cabe advertir dos temas relevantes. El primero es el hincapié efectuado por los constituyentes en torno a la necesidad de que no se repitan experiencias gubernamentales anteriores en las que se dispuso indebidamente de estos fondos para fines distintos al pago de pensiones, tal como sucedió en los gobiernos de los años ochenta, donde dichos fondos fueron destinados a la construcción de carreteras, de infraestructura, entre otras materias. El segundo es la precisión en tanto que dicha intangibilidad no implica que los fondos "*(...) deban estar metidos en una caja fuerte (...)*", es decir que, "*(...) son intangibles en la medida en que no pueden ser utilizados para fines distintos para los cuales la ley los ha creado*" (Intervención del constituyente don Ricardo Marcenaro Frers en el pleno del CCD, de 1993).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

38

82. El Tribunal Constitucional tampoco ha sido ajeno a explicar el contenido de la intangibilidad. En primer lugar, ha expresado que la intangibilidad a la que alude el artículo 12, siguiendo lo establecido en el artículo 11 constitucional, “(...) *tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (...)*” (fundamento 31 de la STC 0014-2007-PI/TC). También fue interpretado como una forma de intangibilidad de las pensiones adquiridas (STC 0001-2004-AI/TC y otro), postura jurisprudencial no aplicable en la actualidad luego de la reforma de los artículos 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, validada por la STC 0050-2004-AI/TC y otros. Por último, ha expresado que no puede entenderse como la intangibilidad del destino prefijado por el legislador ordinario de los recursos de un fondo particular legalmente constituido (STC 0014-2007-PI/TC), por lo que se afecta cuando el fondo público sirve para cubrir la pensión mínima en el sistema privado.
83. La intangibilidad de los fondos previsionales se entiende como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión, tal como se dejó entrever en la STC 0050-2004-AI/TC y otros. En tanto posee una eficacia reforzada (STC 0005-2004-AI/TC), su preservación es indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal manera que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, además de estar blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido. De otro lado, la garantía institucional, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal, que se convertirá en la fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido (STC 0050-2004-AI/TC y otros).
84. Entenderla como garantía institucional, por tanto, posibilita que la intangibilidad de fondos previsionales tenga como objeto último proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen, en tanto y en cuanto se persiga el aseguramiento y la garantía del pago. La pregunta que cabe responder de forma genérica es si dentro del artículo 12 de la Constitución puede admitirse la retribución a la AFP como pago por la administración de los fondos. A juicio de este Colegiado, la respuesta no puede ser otra que positiva, en vista de que una correcta administración de los fondos previsionales redundará de manera directa en el otorgamiento de una pensión digna cuando el afiliado concluya su vida laboral, tal como lo exige el artículo 11 de la Constitución y la STC 0050-2004-AI/TC y otros.
85. A propósito, corresponde a este Colegiado dejar sentado que los fondos de las cuentas privadas previsionales no pueden ser objeto de apropiación de ningún tipo por parte del Estado, pues ello sí significaría un gravísimo atentado al artículo 12 de la Constitución. Por ejemplo, se vería afectada la intangibilidad de los fondos pensionarios si en el país se implementara una medida similar a la ocurrida en un país de la región, donde al crearse el Sistema Integrado Previsional Argentino se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

39

eliminó el régimen de capitalización, el cual fue absorbido y sustituido por el régimen de reparto.

86. Como parte de su defensa, el accionado expresó que el sistema público de pensiones ha venido utilizando recursos del fondo pensionario para solventar los gastos en la administración de dicho fondo y que esto no ha generado controversia en nuestro ordenamiento (contestación de demanda). En efecto, en el ámbito del sector público se ha seguido esta línea interpretativa. El artículo 39 de la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo, expresa que el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR) constituye una de las entidades administradoras de fondos intangibles de la seguridad social, que fue creado por el artículo 16 del Decreto Legislativo 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado. Según la Ley 28532, uno de los recursos con los que cuenta la ONP, entidad rectora principalmente del régimen 19990, son las transferencias de fondos provenientes de los sistemas previsionales, por concepto de gastos de administración (artículo 9.2). A su vez, de conformidad con el Decreto Supremo 061-95-EF, elevado a rango legal por el artículo 11 de la Ley 26504, del Estatuto de la ONP, son recursos de ésta las reservas de los sistemas previsionales, dinero a ser utilizado con exclusividad para pagar las obligaciones pensionarias, los gastos inherentes al manejo de sus inversiones y los gastos de administración. Los gastos de administración de la ONP, por tanto, son pagados por el FCR.

87. En el ámbito privado, por su parte, a través de la Ley 29426 y su reglamento, Decreto Supremo 303-2009-EF, se ha admitido la devolución del 50% de los fondos acumulados en una CIC, a suma alzada, de aquellos afiliados dentro del Régimen Especial de Jubilación Anticipada, con por lo menos 55 años, cuando la pensión calculada no resultase igual o mayor a la Remuneración Mínima Vital. El fondo previsional, de esta forma, está siendo utilizado en forma distinta a la pensionaria bajo los estándares del Decreto Supremo 054-97-EF, es decir, para atacar el problema de la falta de ingresos de quienes se encuentren desempleados durante 12 meses o más. El objetivo del ahorro forzoso para obtener una pensión, en tanto entrega periódica de dinero por naturaleza, ha sido entendido de una forma laxa para beneficiar a un subconjunto específico distinto de personas afiliadas, sin tener edades avanzadas y sin cumplir con ciertos requisitos fijados por la ley. El concepto amplio de pensión, por tanto, tampoco contraviene el artículo 11 de la Constitución.

(b) Relación con el derecho a la propiedad de las pensiones

88. En relación con el tema antes analizado, también se alega que las normas impugnadas afectan el derecho a la propiedad sobre los fondos privados pensionarios. El derecho a la propiedad, establecido en los artículos 2.14, 2.16 y 70 de la Constitución, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, a través del cual el propietario puede servirse directamente del bien, percibir



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

40

sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales. Dentro de un Estado social y democrático de derecho, la propiedad se “(...) *ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley*” (artículo 70), máxime si todos los derechos pueden ser objeto de limitación, restricción o intervención justificadas en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional (STC 0004-2010-PI/TC9). Al respecto, admitiendo su doble carácter, como derecho subjetivo y objetivo (STC 0050-2004-AI/TC y otros) debe resaltarse su función social.

89. Para los demandantes, “(...) *los aportes pensionarios son acumulados en la denominada ‘Cuenta Individual de Capitalización’ a favor del afiliado, lo que demuestra la naturaleza individual que tiene cada aporte y sobre el cual el afiliado es propietario en la medida que dichos aportes se incorporan al patrimonio de los pensionistas (...)*” (acápite 4.4. de la demanda), razón de más para sustentar la violación del derecho a la propiedad. Sin embargo, para el demandado, tal afirmación es incorrecta porque tanto en la comisión por flujo como en la comisión por saldo, “(...) *el pago es obligatorio porque no se deriva del acuerdo de voluntades (...) sino del poder del Estado para exigirlos, porque son indispensables para garantizar las pensiones de los afiliados*” (acápite IV.c de la contestación de demanda).

90. Se plantea la existencia de una relación entre propiedad y pensión, al señalarse que las personas adquieren “(...) *un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión*” (párrafo 103 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, del 28 de febrero de 2003) y habría titularidad patrimonial subjetiva sobre el fondo en clave de derecho adquirido (STC 0001-2004-AI/TC y otro). A pesar de tal afirmación, la pensión no comparte los atributos privativos de la propiedad, por lo que no corresponde asimilarlas. El derecho a la pensión no es una forma de ejercicio del derecho de propiedad, pues entre ambos existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse con ellas, en el modo de su transferencia y en su titularidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros, seguida en STC 0030-2004-AI/TC). Así, la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compraventa, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible de expropiación. Tampoco puede equipararse la pensión con la propiedad por el modo como se transfieren, puesto que la pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, dado que se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar el derecho de goce de su titular o de sus beneficiarios.

91. Lo que sí ha establecido este Tribunal es que la pensión es parte del patrimonio de la persona, pero no es una forma de propiedad (STC 0050-2004-AI/TC y otros). Ahora bien, se ha establecido normativamente que existe “(...) *la propiedad sobre*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

41

los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización (...)" (artículo 45 del Decreto Supremo 054-97-EF). El fondo manejado por las AFP definitivamente es parte del patrimonio del afiliado, pero no goza de los atributos de la propiedad como derecho, sino por el contrario es salvaguardado por el derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución), y por lo tanto, su posible vulneración debe ser examinada a partir de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución).

B.3. LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA INTANGIBILIDAD DE FONDOS A TRAVÉS DE LA COMISIÓN POR SALDO

92. Tal como lo precisa el artículo 1 de la Resolución 080-98-EF-SAFP, la afiliación es una relación jurídica que se produce entre un trabajador, cualquiera que fuere su condición, y la AFP, estando el primero obligado a cancelar a la segunda por sus servicios. Lo que corresponde determinar en esta parte de la sentencia de inconstitucionalidad es si dicha retribución pudo haber sido fijada como un porcentaje del saldo de la CIC o si, por el contrario, la disposición pertinente de la Ley 29903 es contraria a la Constitución.

(a) La comisión por saldo para los nuevos afiliados

93. Una comisión por saldo es cobrada sobre los activos administrados, es decir, una parte de los activos en la CIC es recaudada periódicamente como pago de comisión, normalmente a través de un porcentaje anualizado. Al respecto, este Tribunal analizará si las normas impugnadas afectan la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios y además, como consecuencia de ello, el interés de los consumidores y usuarios.

94. Para los congresistas demandantes, la comisión por saldo deslegitima la naturaleza constitucional de la intangibilidad de fondos, pues sólo pueden ser utilizados para fines pensionarios y no pueden ser reducidos mes a mes por mandato legal (apartado 4.3. de la demanda). Así, el artículo 13 del Decreto Supremo 054-97-EF, modificado por el artículo 1 de la Ley 29903 impugnada, estaría haciendo alarde de la abierta inconstitucionalidad de la comisión por saldo al señalar que los fondos son intangibles, salvo el caso de la comisión por saldo, máxime si el artículo 3 de la misma Ley 29903, que modifica el artículo 71 del Decreto Supremo 007-2008-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, al hablar del Fondo de Pensiones Sociales, sólo señala su carácter intangible, sin mencionar ninguna excepción.

95. En el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012, se apuntó que este tipo de comisión contradice abiertamente tal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

42

dispositivo porque la comisión nada tiene que ver con el aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (congresista doña Luz Salgado Rubianes), pues al atender gastos de la propia AFP, están siendo sustraídos y derivados a fines distintos para los que fueron constituidos (congresista don Javier Bedoya de Vivanco) con independencia de que pueda ser más competitivo que cobrar por flujo (congresista don Luis Galarreta Velarde), por lo que quien los toque incurriría en infracción constitucional (congresista don Yonhy Lescano Ancieta).

96. El accionado, por su parte, opina que la retribución a través de una comisión (sea sobre el flujo o saldo) tiene por finalidad garantizar el pago de las pensiones futuras, por lo que no estaría utilizándose para fines distintos del aseguramiento y garantía del pago de una pensión, toda vez que la norma constitucional fue emitida en la búsqueda de *"(...) que no se repitan experiencias de malversación en la gestión generada por debilidades de las administraciones y la escasa calidad moral de sus directivos, en perjuicio de sus asegurados"* (acápito IV de la contestación de demanda).
97. Según el congresista don Luis Galarreta Velarde, sólo Bolivia y México tienen comisión por saldo, pues Chile ya abandonó este modelo y hoy en día sólo cobra por flujo, agregando además que en el caso mexicano, las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORE) no son equivalentes a las AFP del país, pues *"(...) son como agencias de inversión de valores, son como los agentes de bolsa. O sea, solamente están encargados de invertir los fondos de los afiliados y obviamente cobran porque su saldo va creciendo (...)"* (intervención en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012). Frente a ello, el superintendente de Banca, Seguros y AFP, don Daniel Schydrowsky Rosenberg, ha expresado que *"Los únicos tres países en los que no había un alineamiento de intereses eran Chile, Colombia y Perú. Ahora nosotros hemos cambiado y Colombia lo está considerando (...) En Chile ahora se está pensando de nuevo, pues no se fue suficientemente lejos manteniendo el pago por flujo, cuando lo sano es pagar por saldo"*, resaltando que lo que se está haciendo en el país difiere de lo sucedido recientemente en México, donde se trasladó a todos los afiliados del pago de la comisión por flujo a la del saldo, cobrando de nuevo sobre lo ya comisionado, con la reforma materia de cuestionamiento constitucional se buscó proteger y excluir todas las contribuciones anteriores, pues se estaba legislando para la gran mayoría (*Vid. <http://gestion.pe/economia/sbs-defiende-reforma-afp-lo-sano-pagar-saldo-2062198>*).
98. Al respecto, en los siguientes cuadros puede observarse en qué países existe comisión sobre el saldo, a fin de comprobar que su utilización es una experiencia ya utilizada en otras partes del mundo, y es de uso común en la gestión de planes de pensiones voluntarios o complementarios. Según presenta la OCDE y la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

43

Pensiones (AIOS), a nivel internacional existen diversos tipos de cobro de comisiones por la administración de fondos de pensiones.

Cuadro 5.- Tipos de comisiones por administración cobradas en países de la región. Al 2006.

PAÍS	COMISIONES POR FLUJO		COMISIONES SOBRE SALDO (ACTIVO ADMINISTRADO)	COMISIONES SOBRE RENTABILIDAD (RENDIMIENTOS)	
	Proporcional	Fijo		Nominales	Excedentes
Argentina	X				
Bolivia	X		X		
Chile	X	X			
Colombia	X				
Costa Rica	X				
El Salvador	X				
Costa Rica	X			X	
México	X		X		
Perú	X		X		
República Dominicana	X				X
Uruguay	X	X			

Elaboración: Propia. *Fuente:* AIOS (Vid. http://www.aiosp.org/informacion_institucional/pdf/Comparacion%20de%20Comisiones.pdf).

Cuadro 6.- Cobro de comisiones por la administración de Fondos de Pensiones. Al 2008

PAÍS	COMISIÓN FIJA	COMISIÓN SOBRE APOORTE	COMISIÓN SOBRE SALDO	COMISIÓN SOBRE RENTABILIDAD	COMISIÓN DE TRASPASO/SALIDA
Australia	X	X	X		X
Bolivia		X	X		
Bulgaria		X	X		X
Colombia		X			X
Costa Rica		X		X	
Chile		X			X
El Salvador		X			
Estonia			X		
Hungría		X	X		X



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

44

Kazajistán		X	X
Lituania	X	X	
México		X	
Polonia	X	X	X
Perú	X		
Suecia		X	
Uruguay	X		

Fuente: OECD (Vid. <http://www.oecd.org/finance/private-pensions/41488510.pdf>,
http://www.bbvaresearch.com/KETD/fbin/mult/WP_1023_tcm346-232670.pdf?ts=842013)

99. A pesar de lo señalado, más allá de indagar sobre el éxito o fracaso que haya tenido en otros países la aplicación de la comisión por saldo, su validez en cada ordenamiento depende del marco constitucional establecido. En el caso nacional, el artículo 12 de la Constitución marca la pauta para analizar los dispositivos impugnados. En fundamentos precedentes se estableció que la norma constitucional permitía el cobro de comisiones en tanto éstas permitiesen el aseguramiento y la garantía de la pensión. Definido así su contenido, el Tribunal debería desestimar desde ya la pretensión de los accionantes, pero el tema merece ser observado con mayor detenimiento.

100. Una pregunta válida para continuar con este razonamiento es determinar qué se está pagando cuando a uno le descuentan la comisión de la AFP. Del siguiente cuadro, se observa que buena parte de los gastos operativos de las AFP, cubiertos con el pago de las comisiones que todos los afiliados pagan, está destinado a gastos de comercialización de los operadores.

Cuadro 7.- Distribución de los gastos operativos. Al 2009. En millones de dólares

ÍTEM	MONTO	PORCENTAJE
TOTAL	161,2	100
Comercialización	62,0	38,46
Administración de fondos	99,2	61,54

Fuente: AIOS (Vid. http://www.aiosfp.org/estadisticas/estadisticas_boletin_estadistico.shtml)

101. La libre competencia, en relación directa con la libre iniciativa privada (artículo 59 de la Constitución), incluye la posibilidad de elegir libremente la política de



costos y precios, dentro de una atmósfera que permita el normal desenvolvimiento del mercado y la generación de riqueza mediante la asignación eficiente de los recursos (Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). Es decir, se encuentra dentro de la esfera de libertad de las empresas, como son las AFP, decidir en qué gastan los pagos de comisiones.

102. Ello no obsta para que este Tribunal muestre su preocupación por la relación entre los gastos de comercialización y la garantía de la intangibilidad de la pensión. Para el superintendente de Banca, Seguros y AFP, don Daniel Schydrowsky, "(...) la idea es que no tengamos sobrecostos que perjudiquen al afiliado" (Vid. http://190.102.151.31/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=96). La comisión que se paga a las AFP, en términos generales, viabiliza el ejercicio al derecho fundamental a la pensión, sobre todo porque no es posible desligar los conceptos administración de fondos y comercialización en un control abstracto de constitucionalidad. Sin embargo, si las AFP abusan del cobro de este segundo elemento, que según el cuadro anterior, estaría alrededor del 40% en la actualidad, este Colegiado se reserva el derecho de analizar nuevamente la situación y la evolución de la estructura de costos.
103. Los accionantes, de otro lado, alegan también la violación del artículo 65 de la Constitución, al ponerse en riesgo y perjudicar los fondos pensionarios de los afiliados (apartado 4.3. de la demanda). Según la "teoría de la agencia", desarrollada *supra*, con correctos incentivos, las AFP pueden permitir la generación de un mayor crecimiento del fondo previsional de los afiliados. En efecto, cuando los principales (afiliados) no pueden controlar perfectamente y sin costos la acción del agente (AFP) es imprescindible que se establezcan suficientes incentivos para que éste ejecute las acciones más convenientes, a fin de que ambas partes queden satisfechas. Ante un supuesto conflicto de intereses, es preciso promover la coordinación con el propósito de incentivar al agente a tomar decisiones que maximicen no sólo su propia función de utilidad sino también la de los principales. El modelo de acción-recompensa, con relación a las normas impugnadas, implicaría que mientras mayores fondos tenga el afiliado, la AFP obtendría mayores comisiones. La pregunta que corresponde realizar a continuación es si este marco teórico tiene correlato con la realidad en el caso de la comisión por saldo.
104. Frente a lo que pagaría en la comisión por flujo, existiría una reducción en los pagos de comisiones si ésta es mixta porque *prima facie*, según las proyecciones por parte de la SBS, la CIC neta crecería más en la segunda que en la primera. Se trata de un ejercicio comparativo del monto de la CIC con la que terminaría un afiliado con un salario promedio de S/. 1.300 y un crecimiento anual del mismo en 1,57%. En el esquema de comisión por remuneración se aplica la menor tasa actual del mercado (1,60% mensual, cobrada por la AFP Prima, luego de la licitación). Cuando se evalúa al afiliado al aplicarle el esquema de comisión mixta con transición a saldo se aplica la menor tasa actual del mercado; en la parte sobre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

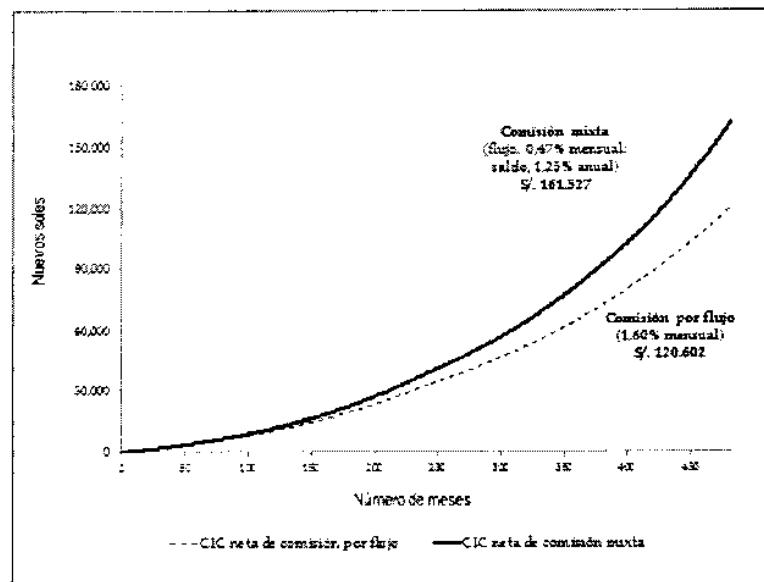
STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

46

la remuneración se cobra 0,47% mensual sobre el salario; y, en la parte de saldo se cobra inicialmente 1,25% anual -o 0,1% mensual- sobre el monto de la CIC en el mismo período. Se aplica para la primera (comisión por flujo) una rentabilidad de 8%, 7% y 5% por los primeros diez años, segundos diez años y el resto de años, respectivamente, y de 0,75% para la comisión por saldo. Al resultado final de haber estado afiliado 40 años -o 480 meses- en el sistema privado, con una densidad de cotización (período en que aporta) del 50% se le resta el cobro acumulado de las comisiones cotizado en todo el período. El resultado al que se llega es denominado CIC neta, y se observa que la CIC neta de un afiliado en un esquema de cobro de comisión sobre la remuneración es S/. 120.602, que es 33,93% (S/. 40.925) menor que la CIC neta de un afiliado con un cobro de comisión mixta con transición a saldo, que alcanzó la suma de S/. 161.527.

Gráfico 11.- CIC neta comparativa entre los tipos de comisión. Horizonte temporal de 40 años



Fuente: SBS

105. Pese al gráfico presentado, en el debate parlamentario, se alegó que “¿Sabe cuánto es la rentabilidad a los que dicen que esto alinea intereses? La rentabilidad es bastante menor que la rentabilidad de los fondos que se pagan por comisiones por flujo” (intervención del congresista don Luis Galarreta Velarde en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012, del 4 de julio de 2012).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

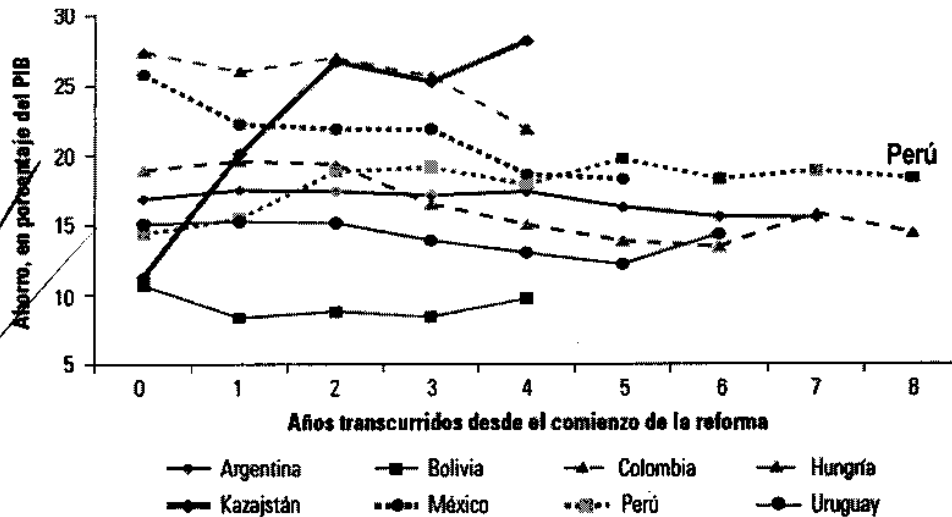
STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

47

106. De otro lado, si bien se estableció como justificación constitucional que las normas cuestionadas alinean los intereses de AFP y afiliados, este Colegiado advierte imprecisiones de quienes defienden este modelo, pues afirman que el alineamiento es total por alegar que sólo cobrarán cuando haya rendimientos positivos, al mismo estilo que una comisión por rentabilidad. Más mesurada es la interpretación de este alineamiento realizada, entre otros, por el superintendente adjunto de Estudios Económicos de la SBS, don Javier Poggi, para quien las AFP cobran más si ganan más y cobran menos si pierden y que no se paga por adelantado (Vid. <http://elcomercio.pe/economia/1517831/noticia-seran-necesarias-tres-calculadoras-escoger-tipo-comision-afp>). Por tanto, las AFP deben buscar promover aún más el ahorro de los afiliados para que así puedan ganar más. El ahorro, si bien depende de innumerables factores no relacionados entre sí, ha crecido en el país, pero representa sólo alrededor del 25% del PBI después de casi un decenio de reformas (Banco Mundial, Informe 'Reforma y reestructuración de los sistemas de pensiones. Evaluación de la asistencia prestada por el Banco Mundial', de 2006).

Gráfico 12.- Tendencias del ahorro interno bruto. Comparado de países emergentes. Porcentaje del PIB. Al 2006



Fuente: Banco Mundial 2006

107. Los accionantes también formulan que con la comisión por saldo se afecta el principio de solidaridad, "(...) por cuanto coloca a la empresa o a los intereses económicos, en este caso las AFPs, sobre la defensa de la persona, que en el caso concreto son los aportantes (...)" (acápito 4.4 de la demanda). Frente a ello, el Congreso de la República, a través de su apoderado, expresa que el efecto es inverso al alegado por el accionante, ya que con el cambio de comisión se está asegurando el principio de solidaridad, "(...) pues el riesgo ya no será asumido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

48

sólo por el trabajador debido a que si la rentabilidad de su fondo baja, también se reducirá la comisión que cobra la AFP por la administración de dicho fondo” (acápite IV.d de la contestación de demanda).

108. Se ha señalado que las pensiones privadas tienen como garantía la seguridad social. Según la STC 0011-2002-AI/TC, “*Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones*” (fundamento 14). Entonces, si bien el Tribunal ha afirmado que el sistema privado no se funda necesariamente en la solidaridad (STC 1776-2004-AA/TC), el argumento esgrimido por los accionantes se centra en el contenido de este principio, por lo que la demanda se rechaza en este extremo. Ahora bien, tampoco este Tribunal comparte la postura del demandado al no encontrar conexión entre comisión por saldo y mayor solidaridad del sistema privado previsional.

109. Validado el esquema de cobro por comisión sobre el saldo, este Colegiado considera perfectamente compatible con la Constitución que los diseñadores de políticas públicas opten por uno de los tres modelos presentados (flujo, rentabilidad o saldo) y, mientras se encuentre dentro del margen de discrecionalidad razonable, se decidan por alguno de ellos. Tal medida es perfectamente constitucional. Al respecto, el Congreso de la República añadió que “*(...) los afiliados que inician su carrera laboral soportan menos costos al tener un fondo menor o en crecimiento (...)*” (acápite IV.b de la contestación de demanda). Por tanto, no es inconstitucional que se cobre comisión por saldo a los nuevos afiliados.

(b) La elección entre los dos esquemas de comisiones para los trabajadores actualmente afiliados

110. Un supuesto distinto al del punto anterior de la sentencia se encuentra en el caso de los trabajadores actualmente pertenecientes a una AFP. A diferencia de los que afiliados nuevos, que han sido objeto del proceso de licitación realizado y de la afiliación obligatoria, los que eran aportantes al sistema privado de pensiones al momento en que se emitió la Ley 29903 ingresaron a cualquiera de las AFP operadores del mercado en ciertas condiciones establecidas, dentro de las cuales estaba la forma de pago mediante comisión de flujo.

111. La comisión por flujo, única forma de comisión válida hasta antes de la reforma del sistema privado de pensiones, es una comisión proporcional sobre flujos que no es fija, que permite el cobro de cierta fracción de los recursos financieros que entran al fondo de pensiones cada vez que un flujo monetario (la remuneración o salario) se deposita en la CIC.

112. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución y el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, este Tribunal ha pronunciado en reiterada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

49

jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos -excepto en materia penal cuando favorece al reo-, de modo que la norma "(...) se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes en virtud del principio de aplicación inmediata de las normas" (fundamento 12 de la STC 0002-2006-PI/TC, seguido en el fundamento 72 de la STC 0008-2008-PI/TC, entre otras). La aplicación de la comisión mixta a los actuales afiliados al sistema privado responde a la aplicación inmediata de la Ley 29903 y no -como sostienen los demandantes- a su aplicación retroactiva, ya que esta nueva modalidad de cobro de las AFP (comisión mixta) se efectuará en virtud de los futuros servicios de administración que éstas prestarán a sus afiliados. Las comisiones anteriormente cobradas, por su parte, no se ven afectadas en modo alguno. Es decir que, en el presente caso, la ley objeto de control se limita a desplegar sus efectos desde la fecha en que entró en vigor hacia adelante, lo cual resulta plenamente conforme a lo dispuesto en la Constitución.

113. La cuestión debe ser analizada no únicamente desde el punto de vista de la irretroactividad sino también desde el hecho que ingresó al sistema en ciertas condiciones que ahora buscan desconocerse, por lo que sería conveniente que la comisión por flujo sea elección por defecto. En su momento, cuando el Poder Ejecutivo envió su proyecto al Congreso estableció que "(...) Respecto a los afiliados existentes de todas las AFP, podrán optar en una sola oportunidad para que se les aplique la comisión mixta, para ello manifestarán su decisión a la AFP (...)" (artículo 2 del Proyecto de Ley 1213/2011-PE, que modificaba el artículo 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF). Recientemente ha sido presentado el Proyecto de Ley 1822/2012-CR, el cual considera que la comisión por defecto sólo puede validada si es que está referida a la comisión por flujo. Así también opinó el presidente del BCR, don Julio Velarde Pérez, quien estimó "(...) que sería adecuada la propuesta que la comisión basada en las remuneraciones sea la comisión por defecto para los afiliados actuales" (Oficio 007-2013-BCR, del 6 de febrero de 2013).

114. El legislador no puede obviar, al momento de optar por uno u otro tipo de comisión, que en su decisión están en juego las condiciones en que la persona ingresó al sistema privado de pensiones, protegida por el libre acceso a las pensiones (STC 1776-2004-AA/TC), configurándose una relación entre AFP y afiliado con eficacia horizontal. A partir del derecho al libre acceso a la pensión, establecido en el artículo 11 de la Constitución, cuando las personas escogieron el sistema privado de pensiones en detrimento del público, la firma de un contrato incluyó una forma de pago a las AFP a través de la comisión por flujo.

115. Atañe recordar que la libertad de contratación, establecida en el artículo 62 de la Constitución, está concebida "(...) como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que posean



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

50

apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público" (fundamento 47 de la STC 7339-2006-PA/TC). Dentro de ella, el ámbito de la libertad contractual, conocida también como libertad de configuración interna, protege la capacidad de las personas de determinar el contenido del contrato (STC 2185-2002-AA/TC), tal como ha sucedido en el caso de quienes hasta antes de la dación de la ley se encontraban ya afiliados a una AFP.

116. En la implementación de la reforma, la comisión por flujo ha sido objeto de innumerables críticas, aun cuando a lo largo del debate del 4 de julio de 2012 en el seno de la Comisión Permanente con relación al Proyecto de Ley 1213/2011-PE, se dijo que "(...) *la comisión por remuneración debe seguir, con regulación del Estado, y estableciendo los parámetros que pueda hacer la Superintendencia*" (intervención del congresista don Yonhy Lescano Ancieta). El accionado expresó que "(...) *las AFP tienen poco interés en obtener mayor porcentaje de la remuneración de dicho afiliados (comisión por flujo), las cuales por lo demás son de las más altas en Latinoamérica (...)*" (acápito IV.b de la contestación de demanda). Para el superintendente de Banca, Seguros y AFP, don Daniel Schydrowsky Rosenberg, este forma de cobro no representaba bien al afiliado al mismo tiempo que no estaba pensado a favor de las mayorías (Vid. <http://gestion.pe/economia/sbs-defiende-reforma-afp-lo-sano-pagar-saldo-2062198>). El ministro de Economía y Finanzas, don Luis Miguel Castilla Rubio, entiende que "*Hoy en día la comisión por flujo está totalmente divorciada de la rentabilidad y sin importar la rentabilidad, el pago de la comisión es el mismo*" (Vid. <http://peru.com/2012/07/20/actualidad/economia-y-finanzas/ministro-luis-castilla-comision-pagar-saldo-afps-no-mas-cara-noticia-76381>).

117. Algunos datos pueden ejemplificar tales afirmaciones. Como muestra de lo que se afirma se pueden mencionar datos de la década pasada. Según la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones, pese a la emisión de normas, como las Resoluciones SBS 1582-2004 y 1583-2004, para flexibilizar el mercado y bajar las comisiones, al 2006, efectivamente Perú (1,83%) tenía una de las comisiones proporcionales sobre flujo más altas de la región, siendo sólo superada por Uruguay (1,92%), aunque no tan lejos de Chile (1,60%) y Colombia (1,57%) (Boletín Estadístico 24, de diciembre de 2010). Al día de hoy en el país está en 1,92% mientras que en Chile, 1,47%. Para la Defensoría del Pueblo, tales comisiones eran muy altas, básicamente por los elevados costos administrativos que tenían, y pese a que de los datos proporcionados por la Bolsa de Valores de Lima, podía colegirse que las AFP eran también "(...) *de lejos, muchísimo más rentables que cualquier otro sector económico en el Perú (...)*" (punto 6.1 del Informe Defensorial 99, El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado, de 2005). En efecto, en un estudio del Consorcio de Investigación Económica y Social, en el boletín Análisis de Políticas, de 2004, demostraban que las AFP nacionales tenían la mayor rentabilidad de la región, tanto es así que entre julio del 2003 y junio del 2004, la rentabilidad sobre el patrimonio fue de 74%



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI-p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

51

frente al 22% de Chile y 29% de México, lo que podía justificar las comisiones de administración cobradas. El Banco Mundial confirmaba estos datos insistiendo en que si bien las AFP nacionales eran las más rentables de América Latina, a la vez eran las más caras para sus afiliados, rentabilidad que al año 2003 era de 58.6%, triplicando el promedio regional (Reporte 27618-PE, Perú. *Restoring the multiple pillars of old age income security*, de 2004), razón por lo cual no fue difícil afirmar que uno de los grandes problemas del sistema privado estaba en las altas comisiones cobradas (Informe Reforma y reestructuración de los sistemas de pensiones. Evaluación de la asistencia prestada por el Banco Mundial, de 2006).

118. La primera gran reforma de carácter estructural del sistema previsional nacional se había dado con el Decreto Ley 25897, del 27 de noviembre de 1992, ordenado mediante Decreto Supremo 054-97-EF, que creaba el sistema privado en nuestro país. Desde ese momento, tal como lo establecía el original artículo 24 del Decreto Supremo 054-97-EF se retribuía a las AFP a través de "(...) una comisión porcentual calculada sobre la Remuneración Asegurable del afiliado (...)". No hace mucho tiempo, el MEF, pese a reconocer avances modestos en incrementar la cobertura de los sistemas, juzgaba que "(...) la creación del SPP constituye una pieza fundamental en la consolidación macroeconómica del país, el crecimiento económico, el aumento del ahorro, la mayor sostenibilidad fiscal, y el desarrollo de los mercados financieros. Asimismo, el sistema ha mostrado un crecimiento sostenido, con la incorporación de más de 4,8 millones de afiliados, y cerca de 80,000 millones de nuevos soles en aportes en las cuentas individuales de capitalización (...)” (considerandos de la Resolución Ministerial 756-2011-EF/1).

119. El modelo ha tenido un pilar básico en la labor fiscalizadora de la SBS sobre las AFP, primero como una superintendencia especializada en las AFP y luego con una función constitucionalizada (Ley 28484, de reforma constitucional, de 2005). El MEF, por su parte, cuenta con la Dirección General de Mercados Financieros, Laboral y Previsional Privados, encargada de proponer, dirigir y formular medidas y planes para la oportuna toma de decisiones que promuevan el desarrollo del mercado previsional privado (artículo 144.a de la Resolución Ministerial 223-2011/EF-43, Reglamento de Organización y Funciones del ministerio). Lo señalado significa que durante varios años ambas entidades han sido observadoras silenciosas de un sistema que a su entender siempre afectó los derechos de los trabajadores, por no alinear los intereses de las AFP con los de los afiliados.

120. Este Colegiado considera pertinente solicitar medida a las entidades antes mencionadas, a la hora de criticar el modelo anterior, pues si bien el sistema privado previsional necesitaba y aún puede necesitar ajustes, no pueden presentar a las AFP como entidades que no respetan a los afiliados, primero porque su actuación ha sido admitida constitucionalmente (STC 0014-2007-PI/TC; STC 1776-2004-AA/TC) y segundo porque las propias SBS y el MEF han permitido, regulado y promovido su funcionamiento. En esta línea de pensamiento, la comisión por flujo está plenamente justificada desde el punto de vista



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

52

constitucional porque no ataca el saldo de los fondos previsionales, sino que es una detracción del salario de las personas.

121. Pese a la validez constitucional de la comisión por flujo y la existencia de un contrato a la hora de ingresar al sistema, es necesario definir si la opción por defecto establecida en la comisión mixta es constitucional. Sobre la base de la seguridad social (artículo 12 de la Constitución), la elección del sistema privado de pensiones por parte de un trabajador, bajo un modelo de competencia con relación al sistema público, incluye una decisión razonada por parte de las personas. Pese a ello, tal como fue señalado *supra*, el Tribunal considera que el hecho de que la Constitución haya abierto la posibilidad de que en el derecho a la pensión y la gestión de fondos de pensiones (artículo 11 de la Constitución), intervengan agentes privados, no significa que las relaciones que se dan entre una AFP y un afiliado o pensionista, eventualmente, sean relaciones donde rijan de manera absoluta las reglas de la libre contratación (STC 0858-2003-AA/TC). La libertad de acceso a las pensiones implica que todos puedan acceder a un sistema previsional sin más trabas u obstáculos que los derivados del ámbito de autonomía del individuo, toda vez que la Constitución asegura la posibilidad de toda persona de gozar de una pensión poniendo a su disposición sistemas pensionarios, optimizándose el libre acceso a la pensión a través de las ventajas a la hora de evaluar las finalidades a las que sirve cada sistema (STC 1776-2004-AA/TC).

122. Este derecho implica una preocupación por parte del legislador democrático por las mejores condiciones de los afiliados. El Estado, como garante de los derechos fundamentales de la persona (artículo 44 de la Constitución; STC 0858-2003-AA/TC), asume la vocación suficiente como para intervenir en el cumplimiento del derecho, máxime si aquél, conjuntamente con las AFP, deben respetar, cumplir y proteger el derecho a la pensión de las personas beneficiarios del mismo (STC 1776-2004-AA/TC). Si luego de sus cálculos, el Congreso de la República, a la hora de emitir la Ley 29903, consideró que lo mejor para los próximos pensionistas era que cancele su comisión del saldo por alinear intereses, el contrato firmado debe ceder.

123. Es más, en un modelo de economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución), el respeto de la libertad de los agentes económicos que en su momento escogieron un determinado modelo de cobro de comisión no puede ser constreñido de forma arbitraria. Por tanto, es correcto que el artículo 24.d impugnado haya permitido que las personas que consideren que la comisión por flujo es mejor que la de saldo puedan trasladarse a ésta. Es de resaltarse que en virtud de la actual vigencia de la ley impugnada, según ha expresado la Asociación de AFP, de los 2,5 millones de afiliados que regularmente cotizan en las AFP, más de un millón de ellos ya comunicaron su decisión de permanecer en la actual comisión por flujo (*Vid.* <http://elcomercio.pe/economia/1573975/noticia-mas-millon-afiliados-afp-optaron-comision-flujo>).



(c) **La necesidad de mayor información a los afiliados sobre los tipos de comisión**

124. Pese a lo señalado hasta ahora, es preciso resaltar otra vez que es labor de la SBS, al igual que de las AFP, explicar a las personas qué implica cada uno de los dos esquemas entre los cuales puede optar. De la misma forma lo señaló el presidente del BCR, don Julio Velarde Flores, para quien el esquema de comisiones mixtas es muy complejo para el ciudadano (Oficio 007-2013-BCR, del 6 de febrero de 2013). En el mismo sentido opinaron en el debate de la Comisión Permanente a raíz de la aprobación de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012, “(...) esta transición de comisión mixta es muy complicado para poder identificarlo a los ciudadanos. No sólo es muy complicada, es poco factible de comparar si está mejor una AFP que otra” (Intervención del congresista don Luis Galarreta Velarde). Según informó don Luis Valdivieso Montano, presidente de la Asociación de AFP, su gremio realizó encuestas para saber el grado de información de la población respecto a las comisiones, dando como resultado que el 60% de los sectores A, B y C estaban informados de la decisión que tenían que tomar y la fecha en que debían hacerlo, en tanto para los niveles socioeconómicos D y E sólo el 45% tenía conocimiento de lo que debía hacerse (Vid. <http://www.larepublica.pe/16-03-2013/es-equivocado-quedarse-en-la-comision-sobre-el-sueldo>). El presidente de la Asociación de Afiliados a las AFP, don Amílcar Villegas, también ha reclamado mayor información a favor de los trabajadores afiliados, requiriéndose del Estado, a través de la SBS, y las AFP un mejor servicio de información para saber los tipos de comisiones y los trámites a seguir, requiriéndose una campaña masiva para explicar el tema (Vid. <http://www.larepublica.pe/16-03-2013/es-equivocado-quedarse-en-la-comision-sobre-el-sueldo>).

125. En efecto, tal como fuese expresado *supra*, el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, promoviendo la garantía del derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (artículos 2.14 y 65 de la Constitución). Como ya se precisó, la información es un bien indispensable en la configuración del Estado social y democrático de derecho y del mercado, toda vez que sólo a partir de ella la población tendrá el conocimiento suficiente para discernir y tomar las decisiones más adecuadas. La STC 1776-2004-AA/TC estableció que dicha garantía beneficia a los afiliados, en tanto usuarios del sistema previsional, en virtud de la situación de desigualdad real en la que se encuentran respecto de los proveedores, y la diferente cantidad y calidad de información de la que disponen. Dada la dificultad de los trabajadores para comprender cabalmente las normas que regulan el sistema privado, se torna necesario establecer una responsabilidad pública para que los pensionistas, sea en el sistema público, y más aún en el privado, puedan tener conocimiento de qué derechos, obligaciones, cargas o facultades les corresponde, siguiendo el artículo 5.b del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Toda



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

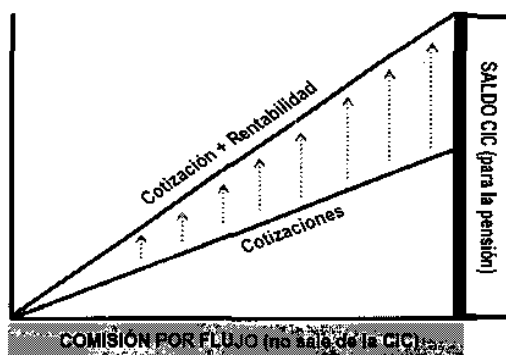
54

información deberá respetar aquellos elementos mínimos indispensables para que el derecho sea reconocible como tal y para que el usuario pueda realizar una decisión de consumo adecuada. Para lograr este cometido, se debe insistir en la necesidad de que las AFP, conjuntamente con el Estado, en su rol de supervisor del sistema privado, sean lo suficientemente responsables como para informar tanto sobre los pros como sobre los contras de su servicio en materia pensionaria.

126. Para ello, este Colegiado considera preciso que los afiliados puedan escoger el esquema de comisión que les resulte conveniente, tomando conocimiento de lo que cada uno de ellos significa, toda vez que "(...) *Se debe dar la mayor información posible a los afiliados para que comparen el esquema de pago de comisión que más les conviene (...)*" (Oficio 007-2013-BCR, del 6 de febrero de 2013, remitido por don Julio Velarde, presidente del BCR). Como guía para la toma de decisiones se pueden tomar los siguientes datos:

- En primer lugar, es menester recordar lo que ha venido señalándose con relación a cada uno de estos tipos de comisión. En vista de que en la comisión por flujo la retribución de las AFP surge del sueldo del trabajador, las cotizaciones y la rentabilidad del CIC acumulado determinarán el saldo del ahorro realizado, del cual saldrán las pensiones que cada trabajador afiliado tendrá. Mientras tanto, en la comisión por saldo, componente de la comisión mixta, la retribución de las AFP implicará necesariamente una reducción del saldo del fondo previsional pues de lo ahorrado surgirá la comisión. Y así como el trabajador gozará de mayor disponibilidad de dinero para su consumo actual, habrá efectivamente una disminución del saldo final que implicará al mismo tiempo una contracción de las pensiones futuras, efecto que se vería aplacado por la mejor alineación de intereses entre AFP y afiliados.

Gráfico 13.- Comisión por flujo y saldo CIC



Elaboración: Propia



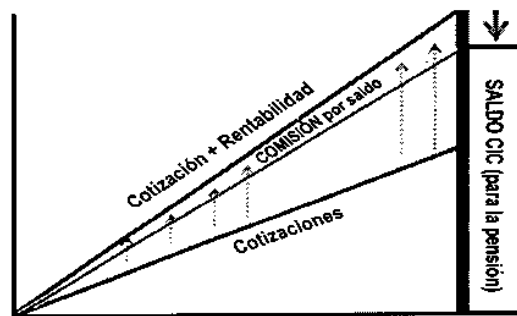
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

55

Gráfico 14.- Comisión por saldo y saldo CIC



Elaboración: Propia

- De acuerdo con los Anexos Técnicos 1 y 2 de la Resolución 9617-2012, sobre 'Metodología aplicable a los cálculos del Aplicativo de Comparación de Comisiones' y 'Explicación de los supuestos utilizados en los cálculos del Aplicativo de Comparación de Comisiones' (Vid. <http://www.sbs.gob.pe/app/Calculadora/Paginas/metodologia.pdf>), el cobro de la comisión sobre saldo estará alrededor de 1,25% anual -o 0,1% mensual- en los 10 primeros años; de 0,88% anual para los segundos 10 años (año 11 al 20); de 0,50% anual para los 15 años siguientes (año 21 al 35) y de 0,20% anual para los 5 años siguientes (año 35 al 40). En el caso del promedio de la comisión por remuneración, ésta ha pasado de 1,91% (a julio de 2012), a una equivalente al 1,49% tras las licitaciones realizadas a partir de la impugnada Ley 29903. También se debe tomar en cuenta que como no está prevista la posibilidad de ingreso de nuevos afiliados a las AFP, ello implicaría una reducción de su rentabilidad patrimonial (ROE), que no sería compensada con un incremento de la comisión (ingresos).
- Conforme a la Resolución SBS 8514-2012, en la comisión mixta con transición a saldo, se prevé un corredor de reducción a la parte de flujo (Vid. http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=105). Se aplicarán factores de ajuste cada dos años sobre la comisión base de cada AFP, de 86,5% para el periodo de febrero de 2013 a enero de 2015; de 68,5% para el periodo de febrero de 2015 a enero de 2017; de 50,0% para el periodo de febrero de 2017 a enero de 2019; de 31,5% para el periodo de febrero de 2019 a enero de 2021; de 13,5% para el periodo de febrero 2021 a enero 2023; y, de 0% para el periodo de febrero de 2023 en adelante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

56

- Según un supuesto ajustado a lo dispuesto en la Resolución SBS 9617-2012, sobre los aplicativos de comparación de comisiones en las normas para la reducción y elección de la comisión sobre el flujo (*Vid.* http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=105), la rentabilidad en la comisión por remuneración se prevé de 8% anual para los primeros diez años, 7% anual para los segundos diez años y 5% para el resto del período; y en la comisión mixta con transición a saldo se presupone una tasa de crecimiento promedio por década de 0,75%.

- En el Anexo Técnico 1 de la Resolución SBS 9617-2012, se presenta cómo se realiza el cálculo del valor actual de la comisión por remuneración (comisión por flujo). $VACM_j = \sum_{t=1}^n \frac{crp \cdot W_i \cdot C_i}{fcr_i}$, donde VACM es el valor actual de las comisiones por remuneraciones del afiliado j ; n , el número de meses comprendido entre la edad del afiliado en la fecha de cálculo y cuando cumpla 65 años definida como $12 \cdot (65 - \text{edad del afiliado})$; crp , la comisión por remuneración expresada en términos porcentuales que la AFP cobrará a los afiliados que eligen permanecer en el esquema de comisión por remuneración; W_i , el salario real estimado del afiliado en el mes i , para $i=1,2,\dots,n$, en evolución; C_i , el indicador de densidad de cotización del afiliado en el mes i que toma el valor de uno si el afiliado cotiza en el mes i y cero si no cotiza; fcr_i , el factor de descuento de la comisión por remuneración del mes i . Por su parte, el cálculo del valor actual de la comisión por saldo con periodo transitorio de comisión mixta está definido de la siguiente manera: $VACM_f = \sum_{t=1}^{\min(120,n)} \frac{crm_j \cdot W_i \cdot C_i}{fcr_i} + \sum_{t=1}^n \frac{cs_t \cdot F_t}{fcm_t}$, donde VACM es el valor actual de las comisiones por saldo con periodo transitorio de comisión mixta de afiliado; n , el número de meses comprendido entre la edad del afiliado en la fecha de cálculo y cuando cumpla 65 años definida como $12 \cdot (65 - \text{edad del afiliado})$; crm_i , la comisión por remuneración aplicable en el mes i a los afiliados bajo comisión por saldo con periodo transitorio de comisión mixta, tomando en cuenta el cronograma de reducción de remuneración y el primer devengue; W_i , el salario real estimado del afiliado en el mes i , para $i=1,2,\dots,n$, en evolución; C_i , el indicador de densidad de cotización del afiliado en el mes i que toma el valor de uno si el afiliado cotiza en el mes i y cero si no cotiza; fcm_t , el factor de descuento de la comisión por saldo del mes i ; F_t , el fondo de pensiones promedio del mes i .

- Algunos expertos han recomendado cuál esquema escoger. Así, el gerente central de Operaciones de AFP Integra manifestó que para los que hoy superan los 40 años de edad, el cobro de una comisión mixta por parte de las AFP es la opción más conveniente, pues cuanto más cerca esté un afiliado a la edad de jubilación, pasarse a esta es más oportuno (*Vid.* <http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=19285>). El economista investigador de una reconocida universidad aconseja que los que están por

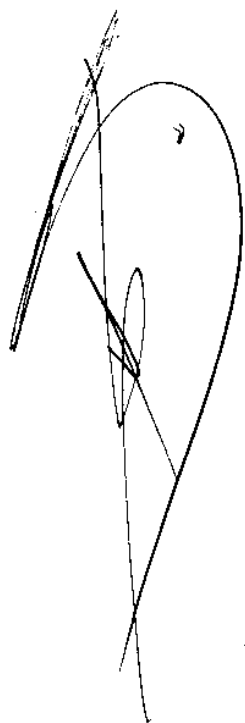


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

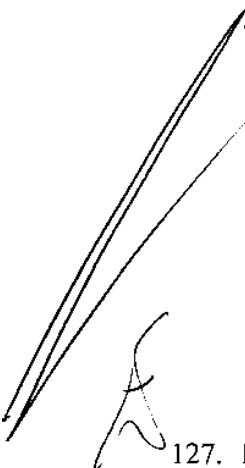
Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

57



jubilarse –en los próximos dos años– deben analizar la tasa que se les cobraría en cada tipo de comisión pues si la tasa sobre el sueldo (flujo) es superior a 1% mensual, deberían mantenerse en la comisión por flujo; de lo contrario, al aumentarle un cobro por saldo podría elevarse aún más, dado que “(...) si hoy hay AFP que cobran entre 1,6% y 1,75% solamente, y luego se rebaja eso a 1,2% o 1,3% (por flujo) para sumarle un porcentaje más sobre el fondo (por saldo), el cobro mixto puede ser alto. Es mejor uno de los dos, a los dos juntos”, pero en el caso de los jóvenes en el mercado laboral, entre 20 y 40 años, les recomienda permanecer en la comisión por flujo pues, si aún tienen un largo camino por aportar, el tamaño de la pensión futura se verá afectado con un cobro sobre ese fondo que todavía tiene muchos años para crecer, dado que “(...) es preferible que reduzcan su consumo actual cuando aún están jóvenes, pues no tienen muchas enfermedades, y pueden generar ingresos de otras formas. En vez de que reduzcan su consumo futuro cuando ya están jubilados. Es ahí donde se quiere maximizar su pensión” (Vid. <http://gestion.pe/tu-dinero/consejos-elegir-tipo-comision-afp-2053028>).

- Para el presidente de la Asociación de AFP, don Luis Valdivieso, “(...) en el sistema actual (por flujo) te quitan de tu bolsillo hoy pero no te tocan tu saldo, en el sistema nuevo (mixto), te dejan más en tu bolsillo, pero te sacan de tu saldo, así de simple (...) Yo puedo estar en necesidad de tener un poco más de dinero hoy y no me preocupa mucho si mañana mi [pensión] va a ser más baja” (Vid. http://www.rpp.com.pe/afp-comisiones-noticia_577847.html).



Para facilitar la elección, la SBS habilitó un ‘Aplicativo de Comparación de Comisiones’, siguiendo lo establecido en la Resolución SBS 9617-2012, metodología para que cada persona confronte los dos tipos de comisiones (Vid. <http://www.sbs.gob.pe/app/Calculadora/Paginas/default.sbs.aspx>). El ex viceministro de Economía, don Eduardo Morón, ha cuestionado que dicha calculadora, sin importar qué variables se coloquen, siempre arroja que la comisión mixta es mejor que la actual, crítica que no acepta el superintendente adjunto de Estudios Económicos de la SBS, don Javier Poggi, aunque no estaba en capacidad de afirmar que la opción de comisión por flujo salía beneficiada en algún escenario (Vid. <http://elcomercio.pe/economia/1517571/noticia-sbs-aun-no-sabemos-si-algun-escenario-calculadora-sugiere-comision-flujo>).

127. Por los fundamentos expresados, es válida la comisión por flujo para aquellos trabajadores hoy afiliados que así lo manifiesten, por lo que a las AFP y la SBS les corresponde desarrollar una campaña de información a los afiliados más agresiva que la existente hasta hoy, sobre las características de cada esquema de comisiones, según los parámetros establecidos por el artículo 65 de la Constitución. Sólo de esta forma podrán manifestar su opción adecuadamente y de forma coherente con el ejercicio de su derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución.



(d) El posible agotamiento del saldo

128. Por último, se ha cuestionado el que a través de la comisión por saldo se puedan licuar los fondos de ciertos trabajadores. Para los demandantes, con ella se verían seriamente afectados los afiliados inactivos o desempleados (apartado V.7 de la demanda). Según el estudio de un país vecino, el tipo de comisión ocasionó que los afiliados de bajos ingresos terminen con sus cuentas en cero (Documento de Trabajo 9, 'Efectos de largo plazo de la comisión fija en el sistema chileno de AFP' de la Superintendencia de AFP del Gobierno de Chile, de 2005). En opinión del demandado, por el contrario, si no se les cobrara, "(...) los afiliados no cotizantes y los pensionados pagarían una comisión proporcional a su fondo, y no serían únicamente los trabajadores activos los que soportarían todos los gastos de administrar los fondos de las pensiones (...)" (acápites IV.b de la contestación de demanda).

129. Este Colegiado ha afirmado que las comisiones "(...) tienen naturaleza retributiva por el servicio de administración prestado" (fundamento 35 de la STC 0014-2007-PI/TC), por lo que es válido, tal como se explicó *supra*, que una AFP planifique cuánto va a recibir por el servicio que presta, tomando en cuenta los periodos de carencia de aportaciones, sobre todo si es consciente de la baja tasa de densidad en el sistema privado. Dentro de la teoría de la firma, los costos, distribución, ganancias y cartera de morosos, entre muchos otros factores, determinan los precios a cobrar. Esta misma lógica se aplica al caso de las comisiones. Con independencia del tipo de comisión que se establezca por ley, las AFP, por ser sociedades anónimas, tomarán las decisiones que maximicen su utilidad, en procura de obtener retornos positivos. Si tienen que cobrar comisión por saldo o por flujo, harán un estudio de cuánto quieren recibir como contraprestación por sus servicios y en un horizonte temporal largo harán los cálculos necesarios para que los afiliados amorticen, y para ello tomarán en cuenta -como no puede ser de otra manera- los periodos de carencia.

130. Por ello, como bien señala el demandado, desde la eficiencia, los aportantes no tendrían por qué asumir los costos operativos de quienes dejasen de trabajar. A una respuesta distinta podría llegarse si se partiese de la equidad, coherente con la solidaridad que debe imponerse, en la medida de sus posibilidades, en el sistema privado de pensiones. Aún así, a diferencia de lo que ocurre en la comisión por flujo, donde es relevante si la persona trabaja o no, en la comisión por saldo, como su propio nombre lo dice, sólo importa cuánto tiene la persona en su CIC.

131. La posibilidad de que el fondo se licúe es inexistente, según expresa el Congreso de la República, siguiendo a la SBS. Si un afiliado hubiese aportado por única vez S/. 10,00 en julio de 1993 a su AFP y no hubiese realizado otro tipo de aporte posterior, y se le hubiese cobrado una comisión sobre el saldo de 1,25% anual, al cabo de 19 años tendría como saldo en su fondo S/. 86,00, habiendo acumulado S/. 76,00 de rentabilidad nominal del sistema privado en el fondo 2, por lo que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

59

más del 88% sería exclusivamente rentabilidad. De la realidad se puede prestar atención que en el Histórico siempre el fondo va ganando más por la rentabilidad, ya que en total éste nunca se va a ver perjudicado, tal como lo demuestra el siguiente gráfico, del cual se extrae que desde abril de 1998, a la fecha, en el 87% de los meses se han presentado rentabilidades acumuladas positivas, por lo que no hay posibilidad que el fondo termine licuándose.

Gráfico 15.- Rentabilidad nominal histórica del fondo 2



Fuente: SBS

132. Asimismo, tal como lo afirmaron los representantes de la SBS en la Audiencia del presente proceso de inconstitucionalidad, en lo relativo al Informe de Hechos, en la línea del gráfico presentado, si un afiliado hubiese aportado por única vez S/. 10 en julio de 1993 a su AFP y no hubiese realizado otro tipo de aporte posterior, y se le hubiese cobrado sobre el saldo 1,25% anual, al cabo de 19 años tendría como saldo en su fondo S/. 86.
133. Tal explicación numérica puede ser contrastada con la mencionada teoría de las generaciones superpuestas. La utilidad conjunta del individuo nacido en el momento t se puede dividir en dos periodos de vida. Tomando como factor de descuento $\beta > 0$, que refleja el grado de impaciencia del consumo, dicha utilidad puede representarse como $u(c_t^y, c_{t+1}^o) = u(c_t^y) + \beta u(c_{t+1}^o)$. Quien deja de laborar requiere que su consumo no exceda sus ahorros, incluidos los intereses devengados y cualquier prestación proveniente del sector público (como subvenciones); B , es decir, $c_{t+1}^o = (1+r_{t+1})s_t + B$, donde r_{t+1} es el tipo de interés. El ahorro realizado hasta el final del periodo t se convierte en capital en $t+1$ y gana el retorno r_{t+1} .



134. A partir de estos datos se obtiene la restricción presupuestaria intertemporal del

$$c_t^y + \frac{c_{t+1}^o}{1+r_{t+1}} = w_t - \tau + \frac{B}{1+r_{t+1}} \equiv A_t$$

consumidor: , donde A es la riqueza a lo largo de la vida de un individuo nacido en t . El tipo de sistema afecta a la conducta del individuo a través de B y τ y a través de una determinada tasa de salario e interés. La maximización de la utilidad dentro de la restricción presupuestaria representa la trayectoria óptima de consumo a lo largo de la cual se iguala la utilidad marginal descontada del consumo entre los dos períodos de la vida del individuo:

$$\frac{u'(c_t^y)}{u'(c_{t+1}^o)} = \beta(1+r_{t+1})$$

. El ahorro del trabajador cuenta con un impulso para suavizar con el tiempo la utilidad marginal del consumo y, de esta forma, el consumo mismo. El trabajador afiliado, por tanto, requiere ser consciente de la necesidad de ahorro. Si no lo hiciese, su consumo será igual a sus ganancias y cero cuando deje de trabajar. Si decide ahorrar S/. I , renunciaría este monto a su consumo actual, provocando una pequeña pérdida en la utilidad, pero este nuevo sol ahorrado aumentaría en $I + r_{t+1}$ en su jubilación, lo cual genera una gran utilidad, como sucede con la utilidad marginal en las primeras unidades de consumo.

135. Al no haberse determinado la existencia de una latente posibilidad de vulneración del fondo previsional del CIC, a través del cobro de comisiones por saldo a quienes no se encuentran aportando, se rechaza la demanda de inconstitucionalidad en este extremo.

C. CENTRALIZACIÓN DE PROCESOS OPERATIVOS

Normas impugnadas

136. El cuestionamiento constitucional se centra en este punto en los artículos 14-A y 14-B del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporados por el artículo 2 de la Ley 29903. El primero de ellos, referido a los procesos operativos de las AFP objeto de centralización, establece lo siguiente: *“Las AFP eligen libremente a la entidad centralizadora. La Superintendencia, sobre la base de las evaluaciones técnicas que realice y de modo fundamentado, establecerá los mecanismos necesarios para implementar la centralización obligatoria o el uso obligatorio de una o más plataformas comunes en los siguientes procesos operativos internos a cargo de las AFP: i. recaudación; ii. conciliación; iii. acreditación; iv. cobranza; y, v. cálculo y pago de las prestaciones (...). La centralización obligatoria a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, se realizará por medio de entidades y/o instancias centralizadoras, cuyo objeto será la administración y gestión de los procesos operativos internos que se centralicen en aquellas. Si la entidad centralizadora de los procesos operativos a que se refieren los numerales i y iv del presente artículo sea de carácter privado, su definición se sujetará a la*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

61

presente Ley y a las normas complementarias de la Superintendencia. En cambio, si fuere de carácter público, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, con opinión previa de la Superintendencia y opinión favorable de las AFP y de la mencionada entidad pública, se podrá establecer su participación como entidad centralizadora de los referidos procesos operativos. Dichos procesos deberán incluir la declaración, retención y pago de aportes obligatorios a que se refieren los artículos 30 y 33. La entidad centralizadora de recaudación pública o privada deberá transferir a las AFP o empresas de seguros, según corresponda, los aportes señalados en el párrafo anterior, en el plazo máximo de 5 días naturales. La Superintendencia de acuerdo a las normas complementarias que emita, acreditará a las entidades centralizadoras de los procesos operativos mencionados en el presente artículo” (artículo 14-A). Por su parte el artículo 14-B, bajo el nombre de ‘De los procesos operativos realizados por la entidad pública’, estipula que “En caso la entidad centralizadora de los procesos operativos a que se refieren los numerales i y iv sea una entidad pública, esta podrá ser la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT). En dicho supuesto, se faculta a la SUNAT, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, a ejercer todas las funciones asociadas a la recaudación de los aportes a que se refiere el artículo precedente, tales como el registro, recepción y procesamiento de declaraciones, conciliación bancaria, fiscalización, determinación de la deuda, control de cumplimiento, recaudación, ejecución coactiva, resolución de procedimientos contenciosos y no contenciosos, administración de infracciones y sanciones”.

Alegatos de los demandantes

137. Los accionantes alegan que el establecimiento de una entidad centralizadora por parte de las AFP, bajo los mecanismos previstos por la SBS, cambia las condiciones iniciales con las que las AFP emprendieron sus funciones en el Perú. En el caso específico de la facultad otorgada a Sunat como posible entidad centralizadora, expresan que ello contraviene el mandato de libre competencia por legitimar la existencia de un monopolio en una única institución pública, siendo un sistema análogo al establecido en EsSalud y ONP que ha venido mostrando serias irregularidades.

Alegatos del demandado

138. El Congreso de la República anota que el proceso de centralización no afecta norma constitucional alguna porque la Ley 25897, que creó el sistema privado, nunca estableció que las AFP necesariamente debían hacerse cargo de los procesos operativos que ahora buscan centralizarse, e incluso se dejó abierta la posibilidad de que sea un tercero quien realice la recaudación. Con relación a que la labor de Sunat o de un particular se convierta en un monopolio, expresa que no se están vulnerando las reglas de la competencia perfecta, pues no se trata de una actividad empresarial, sino de una actividad extrafiscal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

62

C.I. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA ADOPTADA

139. El primer paso del examen se inicia verificando la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa que dispone la centralización de los procesos operativos. Para ello es necesario partir por establecer cuál es la intención genérica de la norma. Así cuando el legislador dispuso la centralización obligatoria de los procesos operativos internos a cargo de las AFP o el uso obligatorio de una o más plataformas comunes, aspiraba a lograr objetivos establecidos en el Proyecto de Ley 1213/2011-PE, en relación directa con lo establecido por el artículo 14-D de la Ley 29903, no impugnado, que plantea positivamente cuáles son los beneficios que se esperan de la implementación de la centralización. La centralización busca compartir los costos de la administración favoreciendo su reducción y, en consecuencia, generar condiciones para que bajen las comisiones cobradas a los afiliados lo que a la vez redundará en mejores jubilaciones o mayor liquidez; y también propende a que las AFP focalicen su actividad y sus recursos en la mejor inversión de los fondos de sus afiliados con miras a obtener la máxima eficacia.

(a) Conseguir un sistema privado pensionario más eficaz

140. El primer objetivo constitucional es la promoción de la eficacia en el funcionamiento del sistema pensionario, concentrando la actividad de las AFP en la administración del fondo, según mandato fijado en el artículo 11 de la Constitución. La ley propicia que las AFP no se encarguen de actividades que pueden desviarlas de su función esencial, que es la administración de fondos. La medida permitirá que la AFP se concentre en las actividades integrantes de su *core business* o giro de negocio, centralizando las actividades complementarias que sean comunes entre todos los operadores.

141. En el Proyecto de Ley 1213/2011-PE se observa que tal centralización "(...) permitirá que se realice un esfuerzo común de parte de la industria por mejorar la calidad de la atención del cliente y el nivel de cultura previsional. Esto contribuye al entendimiento del sistema (...)" (acápite 1.1.2). Al mismo tiempo, el artículo 14-A impugnado persigue la reducción de los costos operativos para favorecer la disminución de las comisiones, pues en vez de que cada AFP por su cuenta realice las actividades que buscan centralizarse, al hacerlo una sola entidad o empresa podría lograr una disminución de gastos. Para el congresista don Jaime Delgado Zegarra, es mejor centralizar porque con cada proceso se están "(...) duplicando y triplicando y repitiendo cada una de las etapas en el proceso de prestación de este servicio previsional, lo cual encarece el servicio y se traslada en comisiones". (Intervención en debate en la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

63

142. Esta finalidad tiene sentido desde la perspectiva de las economías de escala, según la cual disminuye el costo medio de los *outputs* -por lo común fijos-, al producirse un incremento simultáneo en la misma proporción de los *inputs* o factores de producción a nivel de escala de producción, razón por la cual la situación de producción del costo por unidad producida disminuye a medida que aumenta el número de unidades producidas. La actividad asignada también está ligada al eficaz funcionamiento del sistema pensionario (artículo 11 de la Constitución). En la misma línea se encuentra el Banco Mundial, para quien los costos 'centralizables' representan el 51% del total de costos; y, el 49% restante son los 'no centralizables' (ventas e inversiones), de los cuales más del 70% proceden de gastos de ventas (presentación de su representante ante el Grupo de Trabajo Técnico formado de acuerdo con la Resolución Ministerial 756-2011-EF/10).
143. A entender de los funcionarios de la SBS, en su Informe de hechos en la audiencia ante este Colegiado, la intervención pública para centralizar operaciones en este tipo de industrias y el uso de las economías de escala en la centralización operativa tiene ventajas de diversa índole, entre las que se pueden mencionar que las AFP mejoren el servicio, sin que lo invertido en ello afecte la sostenibilidad del negocio; la provisión de los servicios opera en la escala máxima de la totalidad del sistema, por lo que el costo para el sistema (precio) de proveer cada una de las actividades se determina con mayor transparencia y en condiciones de competencia; y los mecanismos de control y la posibilidad de realizar controles cruzados de la información, en los casos permitidos, son más viables en los esquemas centralizados, toda vez que una agencia centralizadora tiene mayor poder para hacer cumplir las disposiciones existentes.
144. La fórmula propuesta, según la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, se presenta como un mecanismo de consolidación de los procesos realizados por las propias AFP, toda vez que en la actualidad casi todos ellos están siendo realizados de forma descentralizada (Dictamen de los Proyectos de Ley 052-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 71/2011-CR, 474/2011-CR, 1114/2011-CR y 1115/2011-CR, de junio de 2012). A su vez, la Comisión de Defensa del Consumidor basa su pronunciamiento a favor de las normas impugnadas en el gran potencial de las AFP para aprovechar las economías de escala, disminuyendo con ello los costos medios de operación y las barreras de entrada a este mercado (Dictamen de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012).
145. Cuando la centralización extraiga de las funciones de las AFP las relativas a recaudación, conciliación, acreditación, cobranza y cálculo y pago de las prestaciones, éstas se podrán enfocar en la inversión del fondo y en las actividades de ventas y de soporte correspondiente al mantenimiento de cuentas individuales, como el estado e información por afiliación, traspasos, traslados, cambio de



fondo, información por toma de decisiones en esos escenarios y labores de orientación de información pre-pensionaria al afiliado.

(b) Mejorar el nivel de vida de los afiliados

146. Puede entresverse otro objetivo como consecuencia natural de los dos anteriores: las personas alcanzarán mejores estándares de vida, que es coherente con la Constitución cuando procura el bienestar general (artículo 44) y defiende la vida digna (artículos 1 y 2.1). Así, tiende a maximizar el fondo previsional mejorando las pensiones en el caso de la comisión mixta y los estándares de cobertura (acceso a la pensión), ambos establecidos en el artículo 11 de la Constitución; y, permite al trabajador disponer de mayor liquidez, en el caso de la comisión por flujo, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución, referido a una remuneración equitativa y suficiente para el trabajador.

147. En el presente caso, como medio, el legislador ha introducido la centralización de los procesos operativos o el uso obligatorio de una o más plataformas comunes, lo que de alguna manera se viene llevando a cabo a partir de la Resolución SBS 2876-2009 y la Resolución SBS 8611-2011. La indiscutible legitimidad democrática del legislador exige que la medida sólo sea juzgada inconstitucional cuando se demuestre que no resulta en absoluto idónea para alcanzar la finalidad que justificaría la restricción. La centralización de los procesos operativos podría, razonablemente, repercutir en una disminución de las comisiones que se cobran a los afiliados por la administración de los fondos (al reducir los costos en virtud de las economías de escala que se generarían) y en un aumento de la eficacia en el funcionamiento del sistema privado de pensiones.

148. En el caso de autos, si bien otros medios resultarían concebibles para alcanzar la finalidad de reducir los costos de administración que pagan los afiliados a las AFP, como el establecimiento por parte del Estado de topes máximos del cobro de comisiones, entre otras formas de control de precio, tales medidas no resultan menos gravosas que aquella por la que se ha optado en la disposición cuestionada.

C.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL INVOLUCRADO

149. El examen de constitucionalidad continúa con el análisis del cuestionado artículo 14-A, que dispone la centralización de diversos procesos operativos internos que deben realizar las empresas autorizadas para operar en el mercado como AFP, para después explicar el caso específico de la Sunat como entidad centralizadora.

(a) Entre libertad de contratación y libertad de empresa

150. En primer lugar, podría alegarse que el derecho presuntamente conculcado por la disposición cuestionada sería la libertad de empresa, pues restringe la facultad discrecional de las AFP para decidir cómo llevan adelante sus procesos de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

65

negocio, más aún si la centralización obligatoria de los procesos operativos en una empresa pública o privada atenta contra las leyes de contratación vigentes al momento en que las AFP empezaron a funcionar (apartado 4.2 de la demanda).

151. El artículo 59 de la Constitución establece que “*El Estado (...) garantiza (...) la libertad de empresa (...)*”, que a juicio del Tribunal se manifiesta como el derecho de las personas -incluidas las jurídicas- a elegir libremente la actividad que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual (STC 3330-2004-AA/TC). En cuanto a su contenido, se tiene resuelto que garantiza “*(...) a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad (...)*” (fundamento 9 de la STC 3116-2009-PA/TC, seguido en STC 0032-2010-PI/TC; STC 1405-2010-PA/TC y STC 3075-2011-PA/TC, entre otras).
152. Es posible afirmar que la disposición cuestionada no incide en la actividad principal de las AFP, que consiste en administrar los fondos previsionales depositados por sus afiliados y en brindar las prestaciones establecidas en la ley, sino en determinados procesos operativos internos, como recaudación, conciliación, acreditación, cobranza o cálculo y pago de las prestaciones. Sin perjuicio de lo dicho, estas empresas -como todas las demás- pueden desenvolverse libremente, pero esa libertad no supone ausencia de estrictas regulaciones y medidas de supervisión por parte de los órganos del Estado, atendiendo a que el ámbito en el que se desenvuelven es especialmente sensible por tratarse de los fondos previsionales de los que puede depender el presente y/o el futuro de los afiliados.
153. El artículo 58 de la Constitución establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en el contexto de una economía social de mercado, régimen bajo el cual el Estado orienta el desarrollo y actúa principalmente en el área de servicios públicos. En el caso de las empresas AFP, atendiendo a la particular importancia de su actividad, como es el manejo de los fondos de pensión de los afiliados, el legislador adoptó, desde el inicio, una serie de rigurosas condiciones. De acuerdo con el Decreto Supremo 054-97-EF, a título enunciativo, las AFP requieren autorización de la SBS para constituirse y efectuar publicidad (artículo 15); capital mínimo (artículo 14); autorización de la SBS para transferir acciones por encima del 10% de su capital social (artículo 13-A); ofrecer a sus afiliados al menos dos tipos de fondos (artículo 18); tener dos directores independientes -no vinculados con los accionistas ni con el grupo económico predominante en la AFP- (artículo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

66

21-C); invertir en determinados tipos de instrumentos (artículo 25); y la administración de los fondos, actividad principal de estas empresas (artículo 22, modificado por Ley 29903), entre muchas otras restricciones.

154. De lo expuesto se tiene que las AFP enfrentan severas restricciones no únicamente respecto de sus procesos operativos, sino también en el manejo de lo que puede considerarse el núcleo de su negocio como es la administración de los fondos. Esta intensa regulación tiene un fundamento básico, cual es garantizar el derecho fundamental a la pensión, vinculado además con el deber del Estado de supervisar el eficaz funcionamiento de las entidades públicas, privadas o mixtas que operen en dicho ámbito (artículo 11 de la Constitución).

155. Corresponde también poner de relieve que mediante la Resolución SBS 2876-2009 se aprobó la creación del Portal de Recaudación AFPnet, extendido en su alcance por la Resolución SBS 8611-2011. La plataforma es utilizada por las AFP existentes en el mercado, como eran Horizonte -recientemente vendida-, ProFuturo, Integra y Prima, para efectos de la declaración y pago de los aportes previsionales por parte de los empleadores que cuenten con trabajadores afiliados a una AFP de forma gratuita. Los empleadores adicionalmente pueden beneficiarse de intereses reducidos y el pago de planillas en línea y a través de bancos (*Vid.* <https://www.afpnet.com.pe/ProyectoPcrWeb/textoAFPnet.jsp?idAyuda=queHace>). Se puede afirmar entonces que al menos los procesos de declaración y pago ya se encuentran centralizados en una plataforma común a la que ingresan los empleadores y que es supervisada por la SBS. Incluso, según Resolución SBS 8515-2012, a partir del 1 de febrero de 2013, el uso de esta plataforma es obligatoria para todos los empleadores.

156. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que la disposición cuestionada no incide en el derecho a la libertad de empresa de las AFP, atendiendo a las especiales características del mercado en el que se desenvuelven, el marco constitucional reseñado y la regulación legal aplicable a su actividad, por lo que debe declararse infundada en este extremo la demanda. Corresponde ahora analizar la posible vulneración del derecho alegado por los congresistas accionantes, que es la libre competencia, ya que afirman que la disposición impugnada "(...) atenta contra las leyes de contratación que estuvieron vigentes en su oportunidad" (acápito 4.3 de la demanda) y que cuando se obliga a las administradoras a centralizar sus servicios en una tercera empresa, están cambiándose las 'condiciones iniciales' de operación.

(b) El ámbito del derecho a la libre contratación supuestamente afectado

157. El contrato es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, vínculo -fruto de la concertación de voluntades- que debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

67

contravenir las leyes de orden público. Al respecto, el artículo 2.14 de la Constitución garantiza el derecho a la libertad de contratación en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho: (...) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”*. La libertad de contratación es relevante en sí, particularmente en un régimen de economía social de mercado como el previsto en el artículo 58 de la Constitución, y también como medio para la realización de otros derechos fundamentales. En tal sentido este Tribunal ha afirmado que *“Se trata de un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se garantiza la viabilidad de otros derechos tales como la libertad de empresa, la libertad al trabajo, etc.”* (fundamento 26.b de la STC 00008-2003-AI/TC).

158. El ya reseñado artículo 62 de la Constitución, a su turno, establece que *“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”*. El contenido de esta disposición permite a los agentes del mercado decidir: si contratar; con quién contratar; y, sobre qué contratar, siempre que sea lícito. Adicionalmente garantiza la intangibilidad de los términos del acuerdo, al disponer que el Estado no puede modificar los términos de aquello que fuera acordado por las partes. Al respecto, se ha precisado que *“(...) el derecho a la libertad de contratación aparece consagrado en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, protegiendo ambas disposiciones la intangibilidad de los contratos, siempre que se hayan celebrado con arreglo a la legislación vigente al momento de su formación”* (fundamento 2 de la STC 4286-2006-PA/TC, seguido por STC 0271-2007-PA/TC, entre otras). Lo alegado por los demandantes, a su vez, tiene que ver con la libertad de conclusión (STC 2185-2002-AA/TC), desarrollada *supra*. Bajo este marco normativo es correcto analizar si la centralización dispuesta por el artículo 14-A impugnado violenta el derecho a la libre contratación.

C.3. LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LA OBLIGATORIA CONTRATACIÓN DE LAS AFP A UN TERCERO

159. Para determinar si se ha violado la libertad de contratación, o no, es preciso explicar a qué se refiere la Ley 29903 cuando habla de centralización. Ante todo es preciso afirmar que plantea dos opciones diferentes: la centralización obligatoria de uno o varios procesos operativos en una empresa privada u organismo público; y el uso obligatorio de una o más plataformas comunes. Cualquiera de estas opciones resultará aplicable solamente a los procesos operativos expresamente previstos (recaudación, conciliación, acreditación, cobranza y cálculo y pago de las prestaciones). La opción entre centralización obligatoria y uso obligatorio de una o más plataformas comunes fue derivada por el legislador al órgano técnico en la materia, que es la SBS, ente que deberá justificar su decisión sobre la base de estudios técnicos y en caso opte por la primera de ellas serán las propias AFP las que elijan libremente a la entidad que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

68

vaya a llevar a cabo la centralización. Todos estos procesos operativos pueden ser llevados a cabo por una o varias personas jurídicas de derecho privado, acreditadas ante la SBS, para la finalidad específica de centralización de los procesos operativos; bastando en este caso con la opción que escojan las propias AFP.

160. La norma impugnada (artículo 14-A) establece diversos aspectos que deben ser explicados por el Tribunal:

- La centralización que surge de la presente disposición no se refiere a que todos los procesos operativos internos descritos deban ser llevados a cabo por una sola centralizadora, sino a que todas las AFP deben elegir a la misma centralizadora para realizar uno o varios de los procesos operativos. Esta conclusión se desprende del artículo 14-A en cuanto afirma que: *“(...) La centralización obligatoria a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, se realizará por medio de entidades y/o instancias centralizadoras, cuyo objeto será la administración y gestión de los procesos operativos internos que se centralicen en aquellas (...)”*.
- De otro lado, el quinto párrafo de la disposición cuestionada deja en claro que los procesos operativos internos pueden ser centralizados conjunta o separadamente al referirse a un proceso operativo en particular (la recaudación), donde la centralizadora parece identificada en singular ya que sólo una puede hacerlo para todas las AFP, y además este proceso, como el de cobranza, puede ser realizado por centralizadoras públicas o privadas.
- Efectivamente, la centralización solo podrá ser llevada a cabo por un órgano del Estado cuando se trate de los procesos operativos internos identificados con los numerales i (recaudación) y iv (cobranza). Al respecto, el cuarto párrafo del artículo en análisis establece que *“(...) Si la entidad centralizadora de los procesos operativos a que se refieren los numerales i y iv del presente artículo sea de carácter privado, su definición se sujetará a la presente Ley y a las normas complementarias de la Superintendencia. En cambio, si fuere de carácter público, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, con opinión previa de la Superintendencia y opinión favorable de las AFP y de la mencionada entidad pública, se podrá establecer su participación como entidad centralizadora de los referidos procesos operativos (...)”*. Naturalmente, si las AFP eligen una entidad pública, deberán cumplirse los requisitos de la ley y en consecuencia serán necesarias: la emisión de un decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas; la opinión previa de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; la opinión favorable de las AFP; y la opinión favorable de la mencionada entidad pública. A su vez, la Trigésimo Sexta Disposición Final y Transitoria incorporada al Reglamento del Decreto Supremo 054-97-EF por el artículo 2 del Decreto Supremo 068-2013-EF, publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 3 de abril del 2013, establece el procedimiento para la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

69

centralización de los procesos de recaudación y cobranza en una entidad pública: *“Las funciones de las entidades centralizadoras a que se refiere el artículo 14-A de la Ley, serán implementadas a partir del 1 de enero de 2014. Para determinar que la entidad centralizadora de los procesos operativos de recaudación y cobranza sea una de carácter público, las AFP en su conjunto, la Superintendencia y la entidad pública elegida, deberán presentar al Ministerio de Economía y Finanzas, las opiniones a que se refiere el artículo 14-A de la Ley, con una anticipación no menor de cuatro (4) meses del inicio del plazo señalado en el párrafo anterior. Vencido el plazo, las AFP elegirán una entidad centralizadora de carácter privada, sujetándose a las normas complementarias de la Superintendencia”.*

161. Bajo este marco normativo, se podría argumentar la existencia de una inconstitucional afectación a la libertad de contratación al forzarse la tercerización de determinados aspectos operativos y al determinarse con qué sujetos se puede contratar. El argumento de defensa utilizado por el Congreso de la República, basado en el original artículo 13 de la Ley 25897, que creaba el sistema privado, se refiere a que para el objetivo de administrar el fondo y otorgar prestaciones se preveía que *“(…) las AFP recaudan por sí mismas o a través de terceros, los recursos destinados al Fondo (...)”.* Entiende que cuando se constituyeron las AFP, éstas solicitaron voluntariamente la autorización de la SBS para operar en este ámbito conociendo que el legislador había fijado esta opción para el desarrollo de la recaudación. Al respecto cabría hacer dos observaciones:

- Que la ley entendía que la recaudación sería realizada por las propias AFP o por medio de terceros (a quienes obviamente se tenía que contratar) y la opción de elegir entre una y otra posibilidad fue dejada a las propias AFP.

- Que los procesos operativos centralizados, de acuerdo con lo establecido en la ley impugnada, exceden la mera recaudación y alcanzan también otras actividades, como la ejecución coactiva, la resolución de procedimientos contenciosos y no contenciosos y la administración de infracciones y sanciones.

162. Al respecto, este Tribunal entiende que la centralización dispuesta por la Ley 29903 impugnada supone una intervención en el derecho a la libertad de contratación cuya legitimidad debe ser analizada a continuación. Atendiendo a que el uso obligatorio de una o más plataformas comunes viene siendo implementado desde hace años, como se ha mencionado *supra*, y a que las impugnaciones cuestionan la centralización sin incidir en este aspecto, conviene analizar si está la SBS habilitada a establecer los mecanismos necesarios para implementar la centralización obligatoria, a fin de determinar si la centralización de los procesos operativos incide de un modo desproporcionado en el contenido del derecho fundamental a la libertad de contratación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

70

(a) La existencia de un contrato previo

163. Las AFP están constituidas mediante determinada forma asociativa (sociedad anónima) por un plazo indefinido, y su fin representativo es la administración de los fondos de pensiones y el otorgamiento de prestaciones, tal como está establecido en el artículo 13 del Decreto Supremo 054-97-EF, modificado por la Ley 29903, condiciones denominadas 'originales de la contratación'.

164. A juicio de este Colegiado, sin embargo, tales condiciones en puridad no son otra cosa que el marco normativo a cuyo amparo se formaron las AFP. Al crearse el sistema no fue suscrito un contrato-ley ni tampoco un contrato de concesión, sino que se estableció un sistema de capitalización de los aportes previsionales (con CIC para cada afiliado) cuya administración recaía en empresas privadas con autorización y bajo la supervisión de la SBS. El artículo 54.b del Decreto Supremo 054-97-EF determinó el carácter de la relación entre el Estado y las AFP, regida por el derecho administrativo, definiendo que el primero expide una licencia a favor de las segundas, toda vez que se estableció que "*Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia: (...) "Autorizar la organización y el funcionamiento de las AFP mediante el otorgamiento de licencias, y cancelarlas o suspenderlas"*". El Estado, por medio de la SBS, al aprobarse la ley que creaba el sistema, resultaba competente para autorizar su organización y funcionamiento, así como para otorgar y cancelar su licencia de funcionamiento. En conclusión, el legislador introduce modificaciones en la regulación legal de los procesos operativos que desarrollan las AFP para el cumplimiento de su finalidad, pero ello, por sí mismo, no resulta contrario a la Constitución.

165. Por tales razones, no se afecta la libertad de contratación en el sentido de un contrato previamente establecido por parte del Estado y las AFP. No obstante ello, se advierte que del proceso de centralización introducido por la disposición cuestionada podría derivarse una injerencia en la libertad de contratación cuando determina la posibilidad de que se fuerce la tercerización de determinados aspectos operativos y también podría presentarse una intervención en el mismo derecho al acotar el ámbito de sujetos con los que se puede contratar la realización de dicha actividad. Desde el punto de vista temporal, la restricción no se producirá inmediatamente, ya que el artículo 7-A de la Ley 29903 dispone que "*Para la realización de la primera licitación no es requisito que se haya implementado la centralización de los procesos operativos a que se refiere el artículo 14-A*".

(b) La posibilidad de elección de la empresa centralizadora

166. La Constitución podría verse vulnerada cuando se obliga a las AFP a centralizar sus procesos operativos internos con el pretexto de reducir sus costos, pues en realidad se está constriñendo la facultad discrecional de las gerencias de las AFP de decidir cómo llevan a cabo sus procesos de negocios, siendo un agravante que se las obligue a contratar con una centralizadora pública o privada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

71

167. En lo referido a la centralización operativa, las Comisiones de Trabajo y Seguridad Social, y la de Defensa del Consumidor, emitieron una opinión favorable respecto de la propuesta de reforma. La primera de ella expresa que la centralización operativa tendría como objetivo "(...) *garantizar el buen funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, de acuerdo a las buenas prácticas internacionales y a los Convenios internacionales ratificados por el Perú (...)*" (Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de los Proyectos de Ley 052-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 71/2011-CR, 474/2011-CR, 1114/2011-CR y 1115/2011-CR, de junio de 2012). La segunda por su parte, establece que la centralización permitiría a las AFP "(...) *disminuir los costos medios de operación, disminuyendo así las barreras de entrada a este mercado*" (Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012).
168. Ante tales argumentos, el Congreso de la República manifestó que en el Decreto Ley 25897 se encargaba a las AFP la administración de los fondos pensionarios, sin que ello implique que también éstas deban necesariamente encargarse de los procesos operativos, más aún cuando el texto original del artículo 13 de la referida norma señalaba que las AFP podían recaudar por sí mismas o a través de terceros los recursos destinados al fondo. Concluyó que es perfectamente válido que se centralicen las actividades complementarias comunes a todas las operadoras (contestación de demanda). Agregó que el Estado no suscribió ningún contrato-ley con las AFP ni uno de concesión, y mucho menos un contrato administrativo, sino que existe entre ambos una relación de naturaleza administrativa, en el que el Estado establece una normativa con el objeto de autorizar y regular el funcionamiento de las AFP.
169. El grado de intervención en la libertad de contratación es de intensidad media, por cuanto supone el deber de contratar una centralizadora, pero las AFP tienen la facultad de elegir la empresa u organismo público que llevará a cabo la actividad. Siendo las cosas del modo expuesto, este Tribunal, siguiendo lo establecido en la libertad de conclusión, estando a que la limitación tiene que ser legítima y coherente con el fin deseado de la medida, entiende que los contratos de centralización que fueran a celebrarse no podrán tener una duración superior a los 24 meses, que es el intervalo con el que se lleva a cabo la licitación del servicio de administración de cuentas individuales. Las AFP que por este medio se incorporen al sistema también podrán participar de la elección de la centralizadora.
170. Frente a tal situación, debe tenerse en cuenta que los bienes constitucionales que procura optimizar el legislador con la aprobación de la ley impugnada se podrían lograr en una medida elevada, ya que está pacíficamente aceptado que las economías de escala tienden a reducir los costos favoreciendo así la disminución



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

72

de las comisiones, lo que a su vez permitiría maximizar el fondo previsional mejorando las pensiones en el caso de la comisión mixta o disponiendo de mayor liquidez en el caso de la comisión por flujo. Asimismo, la centralización de los procesos operativos favorece de un modo elevado la eficacia en el funcionamiento de las AFP, al permitirles orientar todos sus recursos materiales y humanos a su actividad principal, mejorando los resultados en favor de los afiliados.

171. En cuanto a la relevancia abstracta de los principios en conflicto, podría decirse que, sin desmerecer la importancia de la libertad de contratación, la reducción de las comisiones y la eficacia en el funcionamiento del sistema pensionario resultan de mayor entidad. El mayor peso abstracto se explica por la relación directa que ha sido reconocido entre la pensión y el principio-derecho de dignidad de la persona humana, incorporado en el artículo 1 de la Constitución (STC 0050-2004-AI/TC y otros; STC 1417-2005-PA/TC; STC 0014-2007-PI/TC, entre otras). Por último cabría indicar que tanto la restricción media en el principio de libertad de contratación como el nivel elevado de satisfacción de los principios constitucionalmente legítimos que pretende alcanzar el legislador, se aprecian con un razonable grado de certeza.

172. De lo expuesto, y en línea coherente con el derecho fundamental a la libre contratación, en el extremo de la libertad de conclusión, establecido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, este Tribunal interpreta el artículo 14-A del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, en el sentido de que la restricción que supone la disposición cuestionada no resulta desproporcionada y en consecuencia es conforme con la Constitución, debiendo rechazarse la demanda en este extremo, siempre que el plazo para contratar con la centralizadora no supere los dos años establecidos para la licitación.

173. Por último, tal como lo reveló el asesor de la Asociación de AFP, don Fernando Muñoz-Nájar, al 2011, eran 140 mil entidades del sector público y privado las que adeudaban aproximadamente S/. 790 millones en depósitos a las AFP (*Vid.* <http://elcomercio.pe/economia/1317743/noticia-deuda-que-empleadores-mantienen-en-afp-asciende790-millones>). Por tanto, si bien es necesario que se centralicen algunas operaciones, también es preciso dotar de mejores mecanismos para la cobranza a las entidades morosas, comenzando por el Estado, que es el principal deudor, lo cual también redundaría en perjuicio de quienes se convertirán en pensionistas.

(c) La Sunat como entidad centralizadora

174. El artículo 14-B cuestionado, desarrollado por el artículo 14-C, dispone que en el hipotético caso de que la SBS decida recurrir a la centralización y las AFP elijan una entidad pública para llevar a cabo la recaudación y/o la cobranza, esta institución podrá ser la Sunat a la que se autoriza para llevar a cabo todas las funciones asociadas a tales procesos operativos. Los congresistas demandantes sostienen que al centralizarse la recaudación de los fondos de pensiones de todos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

73

los afiliados se introduce un monopolio que atentará "(...) *contra las prácticas que promueven la competencia perfecta*" (apartado 4.2. de la demanda).

175. Las normas cuestionadas fueron justificadas por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, para la cual la fórmula utilizada uniformiza los criterios seguidos por el régimen 1990 y Essalud, donde también Sunat recauda, logrando de esta manera "(...) *un ordenamiento armónico para garantizar el buen funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, de acuerdo a las buenas prácticas internacionales y a los convenios internacionales ratificados por el Perú, centralizando la gestión recaudatoria de los aportes*" (Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social en los Proyectos de Ley 052-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 71/2011-CR, 474/2011-CR, 1114/2011-CR y 1115/2011-CR, de junio de 2012). En otra posición se encuentra el congresista don Luis Galarreta Velarde, quien, preocupado por la experiencia argentina, expresa que "(...) *usar la facultad coactiva de la Sunat para cobrar es distorsionar la participación de una entidad pública a un servicio privado, a un tema de competencia (...)*" (Intervención en el debate de la Comisión Permanente, del 4 de julio de 2012).

176. Ante todo, corresponde advertir que todas las empresas que deseen actuar en este ámbito podrán acreditarse ante la SBS, como autoriza el párrafo *in fine* del artículo 14-A analizado *supra*. Dicha disposición establece que: "(...) *La Superintendencia de acuerdo a las normas complementarias que emita, acreditará a las entidades centralizadoras de los procesos operativos mencionados en el presente artículo*". Todas las empresas que resulten autorizadas podrán aspirar a ser escogidas por las AFP para la centralización de uno o varios procesos operativos internos en condiciones de igualdad, y del hecho de que sólo una vaya a ser seleccionada no se desprende que se establezca un monopolio.

177. Se podría alegar también que se estaría configurando un monopolio legal a favor de la Sunat. Con relación al derecho supuestamente violentado, que sería la libre competencia, este Tribunal tiene pacíficamente decidido que "*El artículo 61 de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no sólo la participación de los agentes de mercado ofertantes, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios*" (fundamento 32 de la STC 0034-2004-AI/TC). En el marco de lo establecido por la ley cuestionada las empresas pueden competir libremente y serán las propias AFP las que decidirán a quién se contrata y si será una o serán varias las empresas centralizadoras que realicen los procesos operativos descritos en el segundo párrafo del artículo 14-A. Atendiendo a que no se establecen situaciones de privilegio que desnaturalicen la competencia en el marco de una economía social de mercado, corresponde desestimar la demanda en este extremo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

74

178. Las presentes disposiciones también podrían ser cuestionadas por presunta infracción del artículo 60 de la Constitución, en cuanto se autorizaría a la Sunat la realización de una actividad empresarial carente del requisito de subsidiariedad. El principio de subsidiariedad económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, implica, de un lado, limitar la actividad estatal, ya que éste no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva del mercado; y, de otro, reconocer que existen ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección que desempeña el Estado.
179. En el presente caso, el legislador no ha dispuesto la participación de una institución pública en la economía, sino que se ha limitado a autorizar que las empresas privadas puedan recurrir a una entidad del Estado (con vasta experiencia en recaudación y cobranza como la Sunat), para que lleve a cabo la centralización de esos procesos operativos específicos vinculados de un modo directo con un derecho fundamental, como es el acceso a la pensión y a la seguridad social. Como ya se ha dejado establecido, la SBS opta entre la centralización y el uso de una o más plataformas comunes. Si tras su evaluación técnica fundamentada se inclina por la primera opción, serán las empresas privadas las que elijan libremente a la o las entidades centralizadoras. Para el caso particular de la recaudación y la cobranza, las AFP podrán recurrir a la centralización en una institución pública que, según la disposición impugnada, 'podrá' ser la Sunat, u otra.
180. Por último, a juicio del congresista don Daniel Abugattás Majluf, lo que "(...) no se puede permitir es que se considere el aporte como un tributo, porque si se aplican los criterios y las sanciones y las moras y las multas, nunca se cobrará la deuda del afiliado, sino todo se quedará en moras, multas e intereses a favor de ellos" (Intervención en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).
181. Vale precisar que, efectivamente, la Sunat no actuará de forma gratuita, sino que retendrá un monto seguramente similar al que cobra a las instituciones públicas con las cuales también colabora. Tiene como ingresos el 1,4% de todo concepto que administre y/o recaude respecto de las aportaciones a EsSalud y a la ONP, así como otros montos recaudados en función de convenios firmados con dichas entidades (artículo 12.g del Decreto Legislativo 501, Ley General de la Sunat, incorporado por Ley 29135, seguido por artículo 13.c de la Ley 29816, de Fortalecimiento de la Sunat). Este Colegiado no considera inconstitucional que se realice dicho cobro, en la medida que deberá estar admitido normativamente, tal como los propios dispositivos lo especifican.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

75

182. Teniendo presente que la ley no constituye una empresa centralizadora para competir en el mercado con las empresas privadas que se encuentren autorizadas para desarrollar tal actividad, y que, por el contrario, autoriza que las empresas privadas recurran al Estado para que colabore con determinados procesos operativos en favor de los ciudadanos; y atendiendo a que la disposición cuestionada no autoriza que la Sunat realice actividad empresarial, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad. Adicionalmente,

1. En coherencia con el derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución, **INTERPRETAR** el artículo 2 de la Ley 29903, en la parte que incorpora el artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a la afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados por el lapso de dos años, en el sentido de que tal afiliación compulsiva es válida siempre y cuando se respete el principio de proscripción de una rentabilidad neta de comisión por tipo de fondo de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones adjudicataria menor al comparativo del mercado, establecido por el artículo 2 de la Ley 29903, en el extremo que incorpora el artículo 7-E del Decreto Supremo 054-97-EF, según información objetivamente veraz, suficiente, de sencillo acceso y de fácil comprensión que debe ser brindada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
2. En coherencia con el derecho fundamental al derecho a la información de los consumidores, establecido en el artículo 65 de la Constitución, **INTERPRETAR** el artículo 2 de la Ley 29903 en la parte que incorpora el artículo 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a la retribución de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, en el sentido de que se requiere de manera ineludible de éstas y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones una mayor campaña de información a los afiliados sobre las características de cada esquema de comisiones para que los trabajadores afiliados al momento en que se emitió la Ley 29903 puedan manifestar su opción adecuadamente con pleno respeto de su derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución.
3. En coherencia con el derecho fundamental a la libre contratación, en el extremo de libertad de conclusión, establecido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

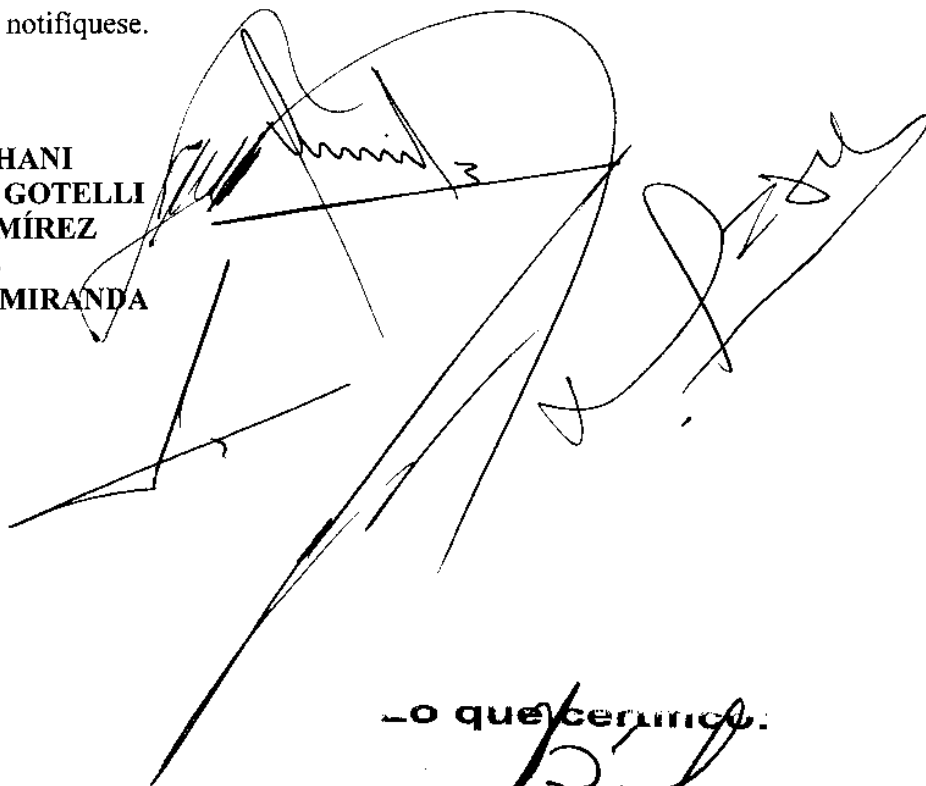
76

INTERPRETAR el artículo 2 de la Ley 29903, en la parte que incorpora el artículo 14-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a los procesos operativos de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones objeto de centralización, que los contratos de centralización a celebrarse no podrán tener una duración superior a los 24 meses, que es el intervalo con el que se lleva a cabo la licitación del servicio de administración de cuentas individuales, por lo que las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones que por este medio se incorporen al sistema privado de pensiones también deben poder participar de la elección de las centralizadoras.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**



Lo que certifico:


OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

77

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto pues si bien comparto lo resuelto y la justificación que le sirve de respaldo, considero necesario expresar algunas cuestiones adicionales.

1. En primer lugar, cabe precisar que la competencia perfecta no existe (salvo a nivel teórico), por lo que las fallas del mercado suelen resultar frecuentes. Si bien los monopolios y oligopolios son situaciones no deseadas¹ en tanto restringen los incentivos necesarios para que el mercado funcione de manera eficiente, tampoco se encuentran prohibidos.
2. A fin de corregir un yerro del mercado, el Estado se encuentra en la ineludible obligación de tratar de enmendar tal situación aunque siempre partiendo de la premisa de que su intervención debe ser lo más mínima posible y debe centrarse en tratar de generar los incentivos necesarios para recrear la competencia a fin de que sea finalmente el mercado y no el Estado, quien termine asignando los recursos (“tanto mercado como sea posible, tanta intervención como sea necesaria”).
3. Si bien el Estado se encuentra obligado a promover la competencia en el mercado, ello no puede llevarse a cabo de manera irrazonable prohibiendo *per se* cualquiera de estas situaciones.
4. Lo que la Constitución proscribe no es la posición que ostentan los agentes en situaciones de monopolio u oligopolio sino las prácticas que, a fin de cuentas, terminen falseando la competencia. En otras palabras, lo que se combate son los eventuales abusos² de quienes se encuentran en dicha posición, no que los

¹ Razón por la cual, el artículo 61° de la Constitución Política del Perú prohíbe expresamente la creación de monopolios legales.

² No obstante lo expuesto, cualquier intervención estatal dirigida a sancionar una conducta abusiva por parte de quien ostente una posición monopólica u oligopólica debe partir de la premisa de que los agentes actúan de buena fe en el mercado, por ende, es necesario que ello se encuentre debidamente justificado, a fin de enervar tal presunción.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

78

agentes se encuentren en dicha posición pues ello, en muchas ocasiones, obedece a las características del propio mercado.

5. De modo que, si no existe gran diferencia entre las comisiones que cobran las AFPs ello se debe, en mi parecer, a que el mercado no es lo suficientemente amplio y no lo es, precisamente, por cuanto *todavía existe el régimen previsional público* (que compite ilegítimamente, en mi opinión, con el régimen previsional privada) y nuestro *régimen laboral comprende una serie de beneficios que únicamente benefician a quienes se encuentran laborando en el sector formal e imposibilitan el acceso al mismo a quienes no lo están.*
6. Si bien la norma cuya constitucionalidad se cuestiona persigue una finalidad constitucionalmente valiosa al fomentar la competencia en el mercado de las AFPs y la medida es idónea para tal objetivo; también debería evaluarse la posibilidad de cerrar el ingreso de nuevos afiliados al régimen previsional público. Y es que, a la luz del principio de subsidiariedad estatal, su constitucionalidad resulta cuestionable, en tanto ello puede ser atendido por el sector privado, cuyo mercado justamente se busca ampliar³.
7. Asimismo, es necesario un replanteamiento del régimen laboral pues, no sólo resta competitividad al país sino que es injusto por cuanto deja fuera a un gran número de personas, quienes se encuentran materialmente imposibilitados de acceder a un mínimo de derechos laborales y, en el futuro, carecerán de una pensión de jubilación digna que les permita sobrevivir. Lamentablemente, muchas de las voces que buscan perpetuar esta situación, obvian justamente a quienes debido a su escasa preparación no consiguen un empleo en el sector formal y viven en condiciones de pobreza. Si hoy son pobres, en el futuro serán aún más pobres pues el paso del tiempo, inexorablemente, les impedirá trabajar y, al no tener pensión, requerirán de la ayuda del prójimo o del propio Estado.
8. De otro lado, quisiera precisar que aunque forzar a quienes se incorporan al mercado, a cotizar -inconsultamente- en determinada AFP y bajo determinadas condiciones es una situación que, a primera impresión, no comparto debido a que es incongruente pues busca enmendar un fallo del mercado originado en las

³ Salvo supuestos excepcionalísimos, como por ejemplo cuando el Estado otorga pensiones a adultos mayores en situaciones de extrema necesidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0001-2013-PI.p

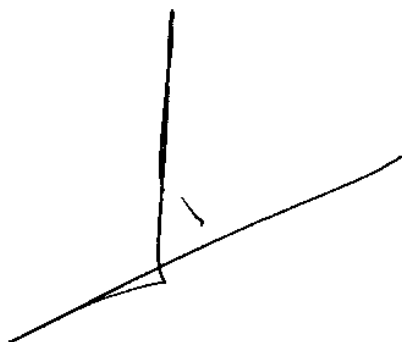
Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

79

condiciones propias del mismo creando artificialmente un monopolio legal⁴ a favor del nuevo oferente, esto es, busca remediar un fallo del mercado (surgido espontáneamente) mediante otra falla del mismo (aunque en este caso creada de manera artificial).

Empero, en tanto es una intervención provisional y transitoria que cuenta con una serie de medidas destinadas a resguardar los intereses de los nuevos afiliados, su constitucionalidad es válida.

9. En todo caso, corresponde a la SBS fiscalizar rigurosamente a las AFPs a fin de proteger la intangibilidad de los fondos de pensiones, en especial respecto de quienes cotizan en base a la comisión por saldo.



Lo que certifico:


OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

⁴ A pesar de que ello se encuentra expresamente proscrito en el artículo 61° de nuestra Constitución.

B. Proyecto de Tesis

**Universidad Católica de Santa María
Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho Constitucional**



PROYECTO DE TESIS

**La economía social de mercado y el mercantilismo en relación
con el modelo económico constitucional en el Perú**

Presentado por la Abogada:
**Román Bazán, Felicitas Flor
de María**
Para optar el Grado
Académico de
**Maestro en Derecho
Constitucional**
Asesor:

**AREQUIPA - PERÚ
2022**

LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL MERCANTILISMO EN RELACION CON EL MODELO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

a. Planteamiento del problema .-

¿Se aplica el modelo económico constitucional, de economía social de mercado, y los principios de Iniciativa Privada Libre, Subsidiariedad del Estado, Pluralismo Económico, Libertad de Contratar, Libre Competencia y Regulación de los Monopolios que implica la Economía Social de Mercado?. En este trabajo vamos a intentar demostrar, entre otras cosas, que estamos lejos de cumplir con esos criterios que configuran el modelo adoptado constitucionalmente. No es seguro que se pueda hablar siquiera de un modelo económico, si nos ceñimos a la vida económica peruana efectivamente existente, en nuestra hipótesis, más mercantilista, estatista e informal, que “social” y “de mercado”. **Todo lo cual nos lleva a preguntar si un modelo económico constitucional, puede crear por sí solo una realidad económica distinta a la que había antes de aprobarse la Constitución Política del Estado de 1993.**

Intentaremos demostrar que no se sigue estrictamente ningún modelo económico sino un conglomerado de retazos de modelos. Suponiendo que la economía de un país requiera cumplir con un modelo constitucional para existir, lo que no es negar el papel del Estado en la economía cuando es adecuado. Pero mostrar esas incongruencias no es el único objetivo aquí, sino el indagar por las razones de esas incongruencias, y preguntar también por esa actitud mental que está detrás de la declaración constitucional sobre el régimen económico: creer que las constituciones y las leyes pueden cambiar la realidad por sí solas, sin tener en cuenta el contexto social, cultural, ideológico, político, etc.

Esa actitud mental parece decirnos que una economía puede construirse a partir de lo que decidan por mayoría un grupo de constituyentes, por más legítima que sea esa asamblea; frente a lo que hacen millones de peruanos, en sus relaciones, acciones y decisiones económicas reales diarias: en sus contratos, intercambios, acuerdos extrajudiciales, siendo que la normatividad legal o constitucional es el resultado final de una práctica social pre-existente y no al revés.

En esta investigación nos vamos a centrar en dos casos que tienen que ver con la aplicación -o no- de esos principios que configuran el modelo adoptado, en especial el principio de Libre Competencia, Regulación de los Monopolios, Libertad de Contratar, Principio de Subsidiariedad del Estado, a manera de ejemplos que intentarán mostrar la discordancia y otras anomalías entre el modelo declarado y la realidad concreta de la vida económica peruana. Aunque esto no sea el único objetivo, como se dijo.

b. Preámbulo. –

Como profesora del curso de Legislación Comercial y Tributaria, y siendo la primera unidad del curso el Régimen Económico Peruano, era fundamental explicar el significado de la Economía Social de Mercado y sus principios, por lo que buscando vincular los conceptos teóricos a casos o situaciones específicas, surgió la necesidad de buscar leyes en las cuales ellos pudieran verificar el cumplimiento o incumplimiento de éstos.

En este caso, empezaremos por analizar algunos de esos principios, como el de Libre Competencia y Regulación de los Monopolios, que es el que dispone, -entre otras cosas- que el Estado no pueda crear monopolios legales; el principio de Libertad de Contratar, que a su vez dispone que los ciudadanos tienen el derecho de elegir libremente la contratación de los bienes y servicios, y que estos contratos sean respetados y no puedan ser modificados por normas legales.

A tal efecto nos hacemos una pregunta, qué pasaría si a partir del día de hoy, el Estado, nos dice que determinado bien o servicio solo puede ser contratado con una empresa privada en específico y con ninguna otra por mandato de la Ley, es decir que de pronto, perdemos el derecho y la capacidad de elegir con quien contratar porque sobre éste bien o servicio se ha creado un monopolio legal - entendiéndose éste como legislar las

condiciones por las cuales ninguna otra empresa puede competir libremente con la primera por prohibición del Estado-; y que aun habiendo firmado un contrato, este pueda ser modificado por una Ley, pues la respuesta sería que no existe libre mercado, por tanto lo consagrado en la Constitución Política de 1993 no estaría siendo aplicado, o es un modelo diferente al que dice ser, tiene anomalías, o no tenemos un régimen económico, sino un abigarramiento redistributivo.

Este es el caso de la Ley Nro. 29903 Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, - una ley que no pasó desapercibida e incluso fue objeto de cuestionamiento sobre su constitucionalidad, en base a diversos argumentos, algunos distintos y otros compatibles con los planteados en éste proyecto-, ley que ha sido elegida a manera de ejemplo para comprobar que el Estado a través de leyes se irroga la facultad constitucional ciudadana de elegir libremente con quien contratar, crea monopolios legales, vulnera la libertad de contratar, e incluso vulnera la seguridad jurídica.

Esto parece, a simple vista, no revestir mayor importancia quizás, pero resulta que con el régimen económico de la Constitución del Estado de 1993, los ciudadanos tenemos derecho a elegir con quien contratar, existe el derecho a la iniciativa privada libre, el derecho a no tener un Estado paternalista o proteccionista, y que en el futuro empiece a decidir por nosotros también en otros aspectos, el derecho a que se respete lo pactado por las partes en los contratos; y si el Estado, que es el principal encargado de cumplirlo, más bien lo incumplirá, sostenemos que debe darse un develamiento y precisar cuál es realmente nuestro régimen económico: social de mercado, de mercado, mercantilista, socialista? y, luego seamos coherentes con éste.

Esta Ley citada, así como algunas otras interferencias del Estado en la economía, nos llevaron a preguntarnos y qué otros principios se estarían vulnerando a través de otras leyes o también de políticas públicas, encontrando que algunos programas sociales del Estado, no solo vulneran el principio de subsidiariedad del Estado, sino además son ineficaces para el desarrollo económico social, por lo que necesitan identificarse y mostrar sus nefastos resultados en la reducción de la pobreza.

c. Interrogantes .-

¿Cuál es el modelo que realmente rige en nuestro sistema –si es que se puede hablar de un modelo económico en el Perú? ¿por qué regular el modelo económico constitucionalmente? ¿Es obligación a cumplir? ¿norma imperativa?, programa a futuro? pura declaración falaz? ¿qué implican las dos palabras vinculadas que dan el nombre al modelo – “social” y “de mercado? ¿Somos una economía de mercado? ¿Somos una economía social de mercado? Y si no lo somos ¿Por qué no podemos serlo?

d. Objetivos .-

Respondiendo esas interrogantes tal vez se puede sugerir las correcciones que se requieren para que se cumplan los objetivos de dicho modelo. De lo contrario éstas inconsistencias perdurarán y no se logrará el objetivo de desarrollo económico y equilibrio social que se busca, la expresión del bien común.

- i. Esclarecer las diferencias e implicancias teóricas entre una economía “de mercado”, una economía “social de mercado” y una economía mercantilista y populista que, en nuestra hipótesis es la nuestra, dentro del marco general de las relaciones entre Economía y Derecho.
- ii. Esclarecer el tipo de economía que rige en nuestro país, a partir de la revisión de la Ley Nro. 29903 Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones; y de los programas sociales que establece el Estado Peruano, para demostrar que al aplicar políticas sociales asistencialistas permanentes, no se cumple con el régimen de economía social de mercado, describiendo los resultados en el nivel de crecimiento económico y alivio de la pobreza en el sector donde se aplican programas sociales. Y lo mismo parece ocurrir con las “políticas sociales”.

- iii. Examinar la Sentencia Nro. 001-2013PL.p emitida por el Tribunal Constitucional, que resuelve la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Congreso General de la República, contra el artículo 2 de la Ley Nro. 29903 de reforma del Régimen Privado de Pensiones, y a una posible omisión al no haber evaluado adecuadamente el principio de libre competencia y regulación de los monopolios como una afectación al derecho a la libre contratación.
- iv. Como resultado de los objetivos y a través de su cumplimiento queremos ofrecer también una alternativa al problema general de las relaciones entre economía y derecho enfatizando la importancia de la interdisciplinariedad en las investigaciones jurídicas

e. Hipótesis.-

Dado que el modelo económico que figura en la Constitución Política del Estado, no corresponde a la vida y a las relaciones jurídico-económicas realmente existentes entre los ciudadanos, ni a la relación de estos con el Estado; entonces es necesario examinar las causas, motivos o razones de esta incongruencia y hacer las comparaciones, similitudes y diferencias generales entre modelos económicos en comparación con nuestra realidad concreta, para proponer algunas alternativas y sugerencias y responder a la pregunta en relación a dicha incongruencia.

f. Área de conocimiento.-

Derecho Constitucional

g. Línea de Investigación.-

Derecho – Economía

h. Metodología.-

En la medida que no hemos empezado aún la investigación, solo podemos señalar en líneas generales que las operaciones básicas que vamos a utilizar en esta investigación son la interpretación jurídica y la argumentación jurídica que nos servirán para comentar críticamente los modelos económicos aludidos en este proyecto, especialmente el modelo alemán y el modelo peruano.

El comentario crítico a la Ley Nro. 29903 Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, la sentencia relacionada de Inconstitucionalidad, y el resultado de los programas sociales nos servirán para darle mayor concreción y especificidad a nuestra hipótesis, es decir para demostrar la incongruencia entre el modelo abstracto de la Constitución, y la realidad económica concreta del Perú. A partir de ahí intentaremos sugerir algunas soluciones que pueden ir más allá del aspecto estrictamente económico jurídico de este problema, hasta donde nos lleve el desarrollo de la investigación.

i. Justificación del problema

La economía peruana ha experimentado con diversos modelos o una mezcla de ellos, conformando diferentes matices de política económica donde ha predominado desde siempre –sobre todo en las últimas décadas- el mercantilismo y su expresión política inseparable, el populismo; pero no se ha experimentado nunca una economía que realmente se pueda considerar de mercado, y, por lo tanto, tampoco hemos tenido una genuina economía social de mercado.

Por estas razones vamos a tratar de averiguar qué es lo que ha impedido que contemos con una economía de mercado o una economía social de mercado, porque éste parece un factor decisivo que ha bloqueado el desarrollo económico y social de nuestro país, como se puede notar comparando esta realidad con los llamados países desarrollados, y especialmente con el sistema alemán, por ser el mismo modelo elegido por nuestra Constitución, pero cualitativamente diferentes en la vida económica concreta.

A la fecha no se ha planteado el problema del modelo económico peruano aplicándolo a

situaciones específicas, suponiendo que existan trabajos comparativos, en términos generales, relacionados con este problema, ni se ha intentado examinarlo interdisciplinariamente, es decir, sin temor de ir más allá de la economía y de la política, hasta donde el problema nos lleve.

2. MARCO CONCEPTUAL

a. Conceptos .-

- i. Populismo
- ii. Análisis económico del derecho (AED)
- iii. Informalidad económica
- iv. Libre competencia
- v. Iniciativa privada libre
- vi. Libertad de contratar
- vii. Regulación de los monopolios
- viii. Subsidiariedad del Estado peruano
- ix. Pluralismo económico

b. Variables comparativas.-

- i. Economía de Mercado
- ii. Economía Social de Mercado
- iii. Mercantilismo

c. Marco Teórico Conceptual.-

Un marco teórico en un trabajo jurídico constitucional vinculado directamente con la economía tiene que, por lo menos, prometer la confrontación de las visiones o perspectivas económicas más importantes en nuestro mundo de hoy. Aquellas que afectan decisivamente las políticas económicas de la mayoría de países en general, y de nuestro país (y los países como el nuestro) en particular. Nos referimos a los modelos, en abstracto, de Economía de Mercado, de Economía social de mercado y a los diversos intervencionismos o estatismos populistas económicos en sus rasgos comunes.

Sin embargo, la principal razón por la cual vinculamos derecho y economía no es ni jurídica ni económica, aunque incluye a las dos, es indagar por las limitaciones peruanas para acceder a una economía moderna. Sin insinuar que hay una sola vía o una principal. Si observamos la realidad mundial, por lo menos a los veinte países que llamamos “desarrollados” y a pesar de los matices, todos siguen un mismo modelo económico básico, aunque algunos le agreguen el término “social”, u otros ni mencionen el régimen económico en su Constitución: me refiero a la “Economía de Mercado” . O a la Economía Social de mercado, que es básicamente el mismo modelo, pero con una concepción redistributiva que no desnaturaliza el sistema económico capitalista, y su modo de creación de riqueza Pero diferenciamos los conceptos abstractos de los casos concretos, Aquí hablamos en general primero, describimos el modelo en abstracto, como lo hemos hecho ya. Todo modelo es mental, por eso no nos referimos a ningún caso específico, por ahora.

En este trabajo lo esencial no es de carácter causal: no queremos explicar por qué se produce un fenómeno social, cuál es su causa, salvo parcialmente cuando debemos preguntar por las causas de la discordancia entre la norma constitucional y la realidad económica real, que hemos planteado. Pero lo esencial está en la solución al papel que debe jugar la Constitución y el derecho en general, frente a la realidad económica: el papel del derecho, la economía y su carácter mutuo, además de la incorporación entre el texto constitucional y la realidad económica.

Y la relación con el derecho hace el problema más complejo, por el hecho de que éste es creación humana, artificial, pragmático, no natural, y no tiene que ver (en primer lugar) con

el conocimiento sino con la resolución de casos que no tienen carácter cognitivo sino normativo, porque su fin es regular la conducta humana a través de valores y normas jurídicas, su finalidad no es el conocimiento sino la solución equitativa o justa de una contradicción de intereses o una incertidumbre de carácter jurídico legal, a partir de valoraciones jurídicas. Y en este caso el papel que tiene y el que debe tener la Constitución en la vida económica del país. Esto ya no es causal sino jurídico, siendo lo causal solo complementario, lo cual no niega el conocimiento de la realidad.

No basta con encontrar las causas del problema, y buscar las causas de las causas, (aunque haya que ir más allá de la economía y el derecho) tenemos que proponer una mejor política económica (que no puede dejar de ser jurídica) cualitativamente distinta a la que se implementa en el Perú, probablemente desde los años 50. Y salvo durante el período que fue ministro de economía por dos años Carlos Boloña Behr, que fue dejado de lado por el Presidente Fujimori, cuando la estricta política económica implementada, no era muy conveniente políticamente, porque era inmanejable para el Presidente Fujimori.

La economía es una disciplina que se maneja con evidencias con estadística y resultados, estas estadísticas y resultados no se evalúan arbitrariamente sino que se eligen criterios económicos para ello, teniendo en cuenta su papel especialmente relevante en la vida económica de un país, por ejemplo la inflación, el déficit fiscal, producción (PBI), reservas fiscales y política monetaria. Y estos criterios permiten establecer más claramente el papel del derecho en este asunto complejo.

Lo importante son los principios de los que parte el modelo económico de libre mercado y que tienen que ver con el sistema político democrático, con la libertad y la igualdad, con la mínima intervención del Estado en la vida económica, como empresario, como regulador de los precios, como supervisor del BCR, etc. Ya no es solo un asunto discutible y discutido sino que también contamos con una serie de experiencias históricas que hacen eco de uno u otro modelo, o de ninguno de los dos, como es el caso del Perú. Solo hay que sacar las conclusiones de dichas experiencias

Por estas razones nuestro trabajo no tiene variables causales, sino variables comparativas que corresponden a los modos económicos más relevantes en la sociedad contemporánea, es decir, el de economía de mercado, el de economía social de mercado y los diversos mercantilismos e intervencionismos populistas que, aunque de múltiples matices, tienen ciertos rasgos comunes innegables o evidentes en el manejo económico, a tomar en cuenta. Y el modelo económico puede tener relación o no con el modelo político, pero el modelo de economía de mercado implica un estado democrático donde sea posible la libertad de mercado, la libre competencia anti monopólica, lo que no es posible en una dictadura política de cualquier tipo.

3. MARCO OPERATIVO

En esta investigación vamos a comparar teóricamente los modelos de Economía de Mercado, con el modelo de Economía Social de Mercado, y ambos con la realidad económica de nuestro país. Para esto hemos tomado 02 casos específicos para ejemplificar el funcionamiento de nuestra verdadera economía: la Ley Nro. 29903 Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, y la Sentencia Nro. 001-2013PL.p que resuelve la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Congreso de la República, contra el artículo 2 de la citada ley; así como los programas sociales del Estado peruano para determinar el tipo de economía realmente existente en el país. Al efecto vamos a revisar toda la documentación posible para justificar y fundamentar nuestras hipótesis

a. Antecedentes .-

En la revisión sobre investigaciones relacionadas con el problema que se investigará se ha encontrado los siguientes:

- i. Avances en la Economía Social de Mercado en el Perú: Antecedentes, hechos estilizados y una mirada desde un modelo económico de la pobreza y educación. Vera Paredes, Manuel Enrique. UNSA 2010. Repositorios UNSA 1052.

Esta tesis se refiere en resumen que pretende avanzar en conocer y entender la Economía Social de Mercado en el país frente al problema de la educación y la pobreza.

- ii. Políticas sociales, inclusión y desigualdad: Experiencias de destinatarios de un programa de Economía Social. Lucci Matías José. Universidad Nacional de Rosario-Argentina-Centro de Estudios Interdisciplinarios. Repositorios Latinoamericanos u.chile.cl/handle/2250.

Resumen: En este trabajo se analizan las experiencias en perspectiva comparada de destinatarios de un programa social de Economía Social orientada al desarrollo de los microemprendimientos. Se pretende con el análisis de estos casos extraer conclusiones sobre las relaciones entre política social, inclusión social de sus destinatarios y también sus efectos en la desigualdad social.

- iii. Consecuencias Jurídicas del Liberalismo Económico en el Régimen Económico de la Constitución Política del Estado de 1993. **Muñoz Gonzáles, Fredy Arnaldo**. Repositorio Universidad Católica de Santa María. 1997.

Resumen: En América Latina, hace casi tres décadas que se viene aplicando el Modelo Económico Liberal, diseñado por los organismos multilaterales representantes de los intereses de los países más ricos del orbe, política que ha puesto fin a toda práctica proteccionista de las economías nacionales, al aperturar (sic) sus mercados al punto de hacer colapsar las industrias de la región, lo que ha traído graves consecuencias para el empleo en la región, así como para las posibilidades de un desarrollo autónomo y sostenido. En el caso de la República del Perú, de manera impositiva se redactó y aprobó la Constitución de 1993 imponiendo un modelo liberal.

b. Cronograma .-

	Abril 2022				Mayo 2022				Junio 2022			
1.Actividades / Tiempo	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
2.Recolección de Datos	x	x	x	x								
3. Estructuración de Resultados					x	x	x	x				
4. Informe Final									x	x	x	x

4. REFERENCIAS

- a. Ricardo Manuel Rojas.2018. Fundamentos praxeológicos del Derecho. Unión Editorial.
b. Hernando de Soto. 2019. El Misterio del Capital. Editorial Planeta.
c. Juan Rivadeneira Frisch. 2009. Economía Social de Mercado. Fundación Konrad Adenauer.
d. Antonio Cattani – Paulo Peixoto de Albuquerque – Euclides Mance – Marcelo Baquero – Alfonso Cotera Fretell – Humberto Ortiz Roca – Paulo de Jesús – Libia Tiriba – Domingos Donida – Derli Schmidt – Vergílio Periur – Francisco Milanez – Noëlle Lechat – Valmor Schiochet – José Coraggio – Ana Sarria Icaza – Anne Wautier – Paul Singer – Luis Gaiger – Armando de Melo Lisboa – Franklin Dias Coelho – Ana Castro Trajano

- Ricardo Alves de Carvalho – Fra nçoise Wautiez – Claudia Bisaggio Soares – Heloisa Primavera – Miriam Nobre – Sérgio Kapron – Ana Fialho – Claudio Nascimento – Marcos Arruda. La Otra Economía: Colección de Lecturas sobre Economía Social. 2004. Editorial Altamira.
- e. Vicente Albornoz Cecilia Durán María Fausto Santiago García Pablo Gonzalez Victor J. Imas Andrés Jung Roberto Laserna Pedro Lipkin Luisa Melo Marcelo Neri Sebastián Oleas Mónica Parra Torrado Cinthya Pastor Vargas Marcela Peticara Luis Ignacio Román Lomelí Samanta Sacramento Fernando Spiritto Nuria Susmel Juan Diego Trejos Solórzano José Daniel Trujillo Pedro Samuel Zapil Ajxup. Pobreza, Desigualdad de Oportunidades y Políticas Públicas en América Latina. 2007. Fundación Konrad Adenauer.
- f. Milagros K. Olivos Celis. 2011 Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana. Revista de Investigación Jurídica IUS.
- g. Arechederra Aranzadi, Luis I (1992). Revolución, tecnocracia, demagogia. Persona y Derecho, 26, pp. 29-50. Extraído de <https://hdl.handle.net/10171/12770>.

